جامعة الجزائر
كلية الحقوق



محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري
الأعمال التجارية – نظرية التاجر – المحل التجاري
الشركات التجارية – الشيك

د/عبد القادر البقيرات

الباب الأول
الأعمال التجارية _ نظرية التاجر _ المحل التجاري

تعد التجارة ظاهرة حضارية هامة وحلقة أساسية من حلقات النشاط الاقتصادي .

وقد كانت التجارة بمفهومها البسيط تبادلا للمنافع سيما لإشباع الرغبات والحصول على أساسيات الحياة، التي لم يعد الإنسان قادرا على تحقيقها دون الاستعانة بالآخرين .

ظهرت فكرة التخصص واهتم بعض الأفراد بالنشاط التجاري كحرفة لهم.فتكونت طبقة التجار لتلعب دور الوسيط بين المنتج والمستهلك وتزايد دورها في التأثير على الحياة السياسية من جهة، وعلى تواصل بين الحضارات من جهة أخرى . وليس غريبا أن يترافق هذا التطور في الحياة التجارية بصورة متوازية مع تطور القواعد القانونية التي تحكم وتنظم هذه الحياة .ولئن كان القانون المدني هو الشريعة العامة التي تحكم جميع التصرفات فقد ظهرت أعراف وعادات خاصة بالتجار قننت فيما بعد، لتكون قانونا مستقلا له خصوصياته وقد لعب التجار الدور الأساسي في ظهور هذا القانون فالتاجر كان مشرعا ومبدعا .

تنقسم الأعمال القانونية من حيث نوعيتها إلى أعمال مدنية وأعمال تجارية .الأعمال القانونية المدنية هي التي تخضع للقانون المدني وهو الأصل الذي ينتمي إليه كل فروع القانون الخاص .

أما الأعمال التجارية فتخضع للقانون التجاري الذي تفرع واستقل عن القانون المدني .وهذه الأعمال لا تخضع للقانون المدني إلا في الأمور التي لم ينظمها القانون التجاري[1] .

يعود السبب الأول في انفصال القانون التجاري عن القانون المدني إلى ما تمتاز به المعاملات التجارية بالنسبة إلى بقية المعاملات من طبيعة مختلفة تقوم على التبسط والمرونة والسرعة والثقة التجارية، مما يستوجب إيجاد قواعد خاصة بها تراعى فيها هذه الاعتبارات [2] .

وتبدأ دراستنا في مبحث تمهيدي عن القانون التجاري عبر العصور إلى ماهية القانون التجاري الحديث .

نتعرض في الفصل الأول لدراسة الأعمال التجارية والأعمال المدنية كما نتناول الأعمال التجارية بحسب موضوعها وشكلها وتبعيتها والأعمال المختلطة .

أما في الفصل الثاني فنتعرض لدراسة التجار من حيث الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر والتزاماته طبقا لأحكام القانون التجاري الجزائري خاصة الالتزام بإمساك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري .

---

[1] -بعض التشريعات لا تفرق بين الأعمال القانونية في الميدان الخاص وتخضعها جميعا للقانون المدني كالقانون الإيطالي والقانون السويسري

[2] -هشام القاسم : المدخل إلى علم القانون -مديرية الكتب الجامعية بجامعة دمشق 1986-ص 100.

نتعرض في الفصل الثالث لدراسة المحل التجاري تعريفه وطبيعته القانونية والعناصر المكونة لـــه، التصرفات الواردة على المحل التجاري بيعه ورهنه .

مبحث تمهيدي
تطور القانون التجاري وتعريفه

المطلب الأول : نشأة القانون التجاري وتطوره

عرفت التجارة منذ قديم الزمان عن طريق تبادل السلع بدل سلع (المقايضة) . حيث كانت أول وسيلة للتداول، إلى أن حلت المعادن والنقود محلها كواسطة للتعامل.

الفرع الأول : العصور القديمة

البابليون: ازدهر النشاط التجاري في بلاد ما بين النهرين بين المدينـــة والريـــف والفلاحـــين والحرفيين ، وتشكل قوانين حمورابي ملك بابل الذي حكم ما بين عام 1792 قبل المـــيلاد إلى 1750 ،أول مجموعة شاملة من النصوص القانونية . فقد عرف الشعب البابلي عمليات البنوك والرهن الحيازي وعقود الخدمات والوديعة والشركة والوكالة [1] .

الفينيقيون :باعتبارهم رحال بحر يرجع الفضل إليهم في ابتداع بعض أنظمة قـــانون التجـــارة البحرية [2] .

الإغريق :سيطر الإغريق على التجارة البحرية ووضعوا نظاما خاصا للقرض البحـــري، الـــذي أصبح أساس القرض الجزافي ويرى البعض أن هذا النظام هو أصل نظام التأمين البحري .

الرومان :تركت التجارة للعبيد والأجانب ،واعتبروها مهنة لا تليق بهم ونتيجة للتوسع في غزو الشعوب المجاورة، ظهرت الحاجة للاتجار مع الأجانب فأدى الأمر إلى خلق ما يسمى بقـــانون الشعوب الذي اختلف كثيرا عن القانون المدني [3] .

وقد عرف الرومان نظام البنوك ونظام المحاسبة ومسك الدفاتر وعقد القرض البحري ، كمـــا عرفوا فكرة الإفلاس واستعملوا وسيلة الإكراه البدني لحمل المدين على الوفاء بدينه

الفرع الثاني : العصور الوسطى

أصيبت التجارة بالركود لحقبة طويلة من الزمن بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية علـــى يدي القبائل الجرمانية في القرن الخامس عشر قبل الميلاد .

---

[1] –عبيد مرعي : التاجر ونشاطاته في العصر البابلي القديم –مجلة دراسات تاريخية –مجلة علمية فصلية تصدر عن جامعة دمشق السنة السابعة العدد 24 سنة 1986 ص 142 وما بعد

[2] –د/ علي بارودي : القانون التجاري –منشأة المعارف الإسكندرية 1986–ص 19.

[3] –د/محمد حسن الجبر : القانون التجاري السعودي –جامعة الملك سعود الرياض 1982–ص 13.

العرب :مارس العرب التجارة في الجاهلية وكانت من أهم الدخل عندهم . واشتهرت قبيلة قريش بتعاطي التجارة بين اليمن والحجاز وبلاد الشام .كما عرفوا الكثير من المؤسسات التجارية وشركات الأشخاص والأوراق التجارية "كالكمبيالة" أي السفتجة وما يزال الكثير من المصطلحات العربية مستخدمة بالميدان التجاري في غيرها من اللغات مثل مخزن –قيراط [1].

ثم ظهرت الشريعة الإسلامية لتدعم مكانة التجارة وتكرس المبادئ والقواعد التي تحكم هذا النشاط كمبدأ لحرية التجارة ،إذ كانت لها حرية مطلقة لا يقيدها إلا مقياس الحلال والحرام قال الله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا ......) [2].

قال رسول الله (ص) ...... عليكم بالتجارة فيها تسعة أعشار الرزق . كما حث على حسن الأخلاق في المتاجرة بقوله (التاجر الأمين الصديق مع النبيين والصديقيين والشهداء والصالحين. وقال المحتكر في سوقنا كالملحد في كتاب الله) [3].

وقد وصلت قوافل العرب إلى الصين والهند وروسيا وشمال غرب أوروبا .

الغرب : بقيت تجارة العرب مزدهرة وقوية حتى أواخر القرن الحادي عشر ميلادي إذ انتعشت التجارة في أوروبا وظهر مركزان حضاريان الأول في إيطاليا حيث برزت بعض المدن مثل البندقية ، فلورنسا والثاني هولندا وخاصة مدينة أمستردام، وإيفرس. وقد ساهمت الكنيسة في تطور القانون التجاري .

الفرع الثالث :العصر الحديث :

كانت للأحداث الجغرافية كاكتشاف القارة الأمريكية، ورأس الرجاء الصالح، وفتح القسطنطينية من قبل العثمانيين، وغيرها من الأحداث الاقتصادية والسياسية التي حصلت خلال القرنين الخامس عشر و السادس عشر أثرها في تطوير التجارة وتشريع القوانين التجارية

فرنسا : تم تدعيم قانون التجارة في فرنسا على يد الوزير البرجوازي "كولبير" حيث دعم نطاق الطوائف وأقام تعديلا تشريعيا شاملا. فصدرت لائحة يمكن اعتبارها أول تقنين تجاري وذلك بأمر الملك لويس Louis الرابع عشر في مارس 1673 تتعلق بتنظيم التجارة البرية وفي أوت من عام 1681 صدر قانون التجارة البحرية مبدأ حرية التجارة والصناعة وذلك بقانون صادر عام 1791 .وبدأ التفكير بتقنين قانون تجاري يتماشى والأفكار السائدة، ويعتمد فلسفة جديدة تقوم على نزع الصبغة الطبقية لهذا القانون وأساسه الشخصي وجعله موضوعيا يهتم بالأعمال التجارية دون الاهتمام بصفة القائم بها. فصدر القانون التجاري الفرنسي في 1807/9/15 الذي ما يزال معمولا به رغم التعديل الخاص .

---

[1] – د/رزق الله أنطاكي : الوسيط في الحقوق التجارية البرية–مديرية الكتب بجامعة دمشق 1983–ص 9-10.

[2] – سورة البقرة –الآية 275.

[3] –عبد السميع المصري : التجارة في الإسلام –المكتبة الأنكو مصرية 1975–ص 6 وما بعد .

وقد اقتبست العديد من الدول في تشريعاتها التجارية من القانون الفرنسي ومنها الدول العربية كمصر، ولبنان، والجزائر، وسوريا، وغيرها [1].

المطلب الثاني: تحديد نطاق القانون التجاري

الفرع الأول : تعريف القانون التجاري ومكانته

القانون التجاري قانون حديث النشأة لم يستقل إلا منذ وقت قريب حيث كان جزء من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة. كان يطبق على جميع الأفراد دون تفرقة أيا كانت صفاتهم ،أو الأعمال القانونية التي يقومون بها .ولقد اختلفت الآراء الفقهية وتباينت حول تحديد مفهوم القانون التجاري ونطاقه فمنهم من رأى تحديده تحديدا ذاتيا أي شخصيا ومنهم من رأى تحديده على أساس مادي وإمكانية دمجه في القانون المدني .

يعرف العميد George Robert (بأنه قانون العمليات القانونية التي يقوم بها التجار سواء فيما بينهم أم مع عملائهم).

ويعرف الأستاذ Thaller (هو ذلك الفرع من القانون الخاص الذي يحدد طبيعة وآثار الاتفاقيات المعقودة إما بواسطة التجار أو بصدد وقائع وأعمال تجارية)

وتعريف القانون التجاري عند غالبية الفقهاء يأخذ بالمذهبين الشخصي والموضوعي معا، فيعرفونها بأنه (ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذي ينطبق على طائفة معينة من الأعمال القانونية هي الأعمال التجارية وعلى طبقة من الأشخاص هم التجار وأحكامه وقواعده محتواه داخل مجموعة قانونية هي المجموعة التجارية .)[2]

والبعض من الفقهاء مثل جيرار ليون Gerard Leon كان يقترح تعريفا للقانون التجاري بأنه (قانون المؤسسات الخاصة بنظام اقتصادي يدعى النظام الرأسمالي).

مكانة القانون التجاري بين فروع القوانين الأخرى :

نحن نعلم أن القانون ينقسم إلى قانون عام وقانون خاص

القانون العام :هو الذي ينظم الروابط القانونية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة باعتبارها سلطة عامة ذات سيادة طرفا فيها ومن فروعه: القانون الدولي العام ، والقانون الإداري، والقانون الدستوري.

القانون الخاص :هو المنظم للروابط القانونية بين الأفراد العاديين في المجتمع. يُعتبر القانون المدني الشريعة العامة لهذه العلاقات في المجتمع . فهو الذي يرسي المبادئ الأساسية لهذه العلاقات وإلى جوار هذه الشريعة العامة يوجد القانون التجاري ، الذي يتضمن قواعد استثنائية تخرج على المبادئ العامة الواردة في القانون المدني .وتنطبق هذه القواعد الاستثنائية على فئة الأعمال التجارية وطائفة التجار .

---

[1] – د/عزيز العكيلي: القانون التجاري –مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1996–ص 29.

– [2] **Paul Didier** : Droit commercial introduction les entreprises Paris 1970; P.10.

تبعية للقانون المدني : يُعتبر القانون المدني بمثابة المرجع العام يُرجع إليه في كل مرة عندما لا نجد حكما خاصا في القانون التجاري

التأثير المتبادل بين القانونين : إن فروع القانون جميعا تؤثر وتتأثر بعضها ببعض

أ) تأثير القانون المدني في القانون التجاري :

يعتبر القانون المدني بمثابة الشريعة العامة واجبة التطبيق على المعاملات التجارية نفسها إذا لم تكن هناك قواعد تجارية خاصة تنظم وتحكم هذه المعاملات .

ب) تأثير القانون التجاري في القانون المدني :

نقد انتقل مفهوم الشخصية المعنوية من الشركات التجارية إلى الشركات المدنية ،كما طبقت بعض التشريعات الغربية نظام الإفلاس على جميع الأفراد دون تفرقة بين تاجر وغيره .

كما يعتبر كل من التشريع الفرنسي والجزائري موضوع العمل التجاري بحسب شكلها حتى ولو كان موضوعها مدنيا.كما أنه بالإمكان نقل بعض الحقوق المدنية الثابتة في محررات مدنية عن طريق التطهير كما هو في السفتجة .

الفرع الثاني: نطاق ومجال القانون التجاري

اختلف كثير من الفقهاء في تحديد نطاق القانون التجاري وأثار هذا الاختلاف تساؤل هل القانون التجاري هو قانون التجار أم هو القانون الذي يحكم الأعمال التجارية ؟

ويمكن الرد من خلال آراء الفقهاء الذين حددوا النطاق إلى نظريتين الأولى وهي النظرية الموضوعيةThéorie Objective والثانية هي النظرية الشخصية Théorie Subjective وسنتناولهما فيما يلي:

النظرية الموضوعية :

تتحدد دائرة القانون التجاري بالأعمال التجارية Actes de commerce وتنطبق أحكامه على هذه الأعمال دون ارتباط بالشخص القائم بها، سواء كان يحترف التجارة أم لا. لكن العبرة بموضوع النشاط الذي يمارسه الشخص حتى ولو قام به مرة واحدة. وهذه النظرية لها صبغة سياسية لما تؤديه من تدعيم لمبدأ الحرية الاقتصادية الذي يتميز على نظام الطوائف الذي كان سائدا في العصور السابقة وتحقيق مبدأ المساواة أمام جميع الأشخاص [1] .

النظرية الشخصية :

يرى أصحاب هذه النظرية أن نطاق القانون التجاري يتحدد تحديدا شخصيا ، حيث أن أصله قانون مهني ينظم نشاط من يحترفون مهنة التجارة دون سواهم . ولذلك فإنه وفقا لهذه

---

[1] د/ سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري –مكتبة القاهرة الحديثة 1972 –ص 20.

النظرية يجب تحديد المهن التجارية على سبيل الحصر، بحيث يعتبر القانون كل من احترف مهنة تجارية تاجرا يخضع في نشاطه للقانون التجاري [1].

وعلى ذلك فإن عنصر الاحتراف في مفهوم هذه النظرية يعتبر المعيار الذي يحدد نطاق القانون التجاري . ويبرر أنصار هذه النظرية رأيهم في أن القانون التجاري في أصل نشأته يرجع إلى العادات والقواعد والنظم التي ابتدعها وطبقها أصحاب الحرف التجارية ،الأمر الذي أصبح به القانون التجاري قانونا مهنيا .

موقف المشرع الجزائري : اتسم التشريع الجزائري بنفس المنهج الذي ابتكره التشريع الفرنسي إذ أشارت المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري إلى الأعمال التي تعتبر تجارية قد نص القانون عليها. والمادة الأولى نصت (يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك.) إذا أخذ المشرع بالمذهبين معا

الفصل الأول
الأعمال التجارية

يتكون القانون التجاري من عدة أحكام قابلة للتطبيق على الأعمال التجارية، أي على المعاملات التجارية من جهة، وعلى التجار من جهة أخرى . حيث تشكل الأعمال التجارية الجزء الهام من نطاق القانون التجاري ،وهذا نظرا لنظامها القانوني المختلف في كثير من الحالات عن القانون المدني. اقتصر الأمر بالتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية. وقد قام المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحديثة بتعداد الأعمال التجارية على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وهذا راجع لعدم وجود تعريف تشريعي للعمل التجاري. كما أن القضاء عجز كذلك عن وضع تعريف واحد جامع مانع لفكرة العمل التجاري، فتصدى الفقهاء لحل هذه المشكلة بوضع معايير موضوعية وشخصية لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني وترتب على ذلك عدة نتائج.

وسنتعرض في المبحث الأول تحديد الأعمال التجارية وأهميتها .وفي المبحث الثاني أنواع الأعمال التجارية .

– [1] J.Hamel G. Lagard: A.Jauffert:Droit commercial 2éme éd. Tome1 Dalloz Paris 1980 P.212.

المبحث الأول
تحديد الأعمال التجارية وأهميته

أمام عجز المشرع والقضاء عن تعريف العمل التجاري بواسطة معيار واحد محدد، تصدى الفقهاء لحل هذه المشكلة التي تعتبر من أهم المشاكل التي أثارت خلافا في القانون التجاري . فاختلفت الآراء وتباينت في تحديد المعايير.

رتب الفقه على تمييز العمل التجاري عن العمل المدني عدة نتائج سواء من حيث الاختصاص القضائي محليا أو نوعيا، من حيث قواعد الإثبات، ومن جزاء الالتزام. كل هذا يقتضي أن نقسم هذا المبحث على مطلبين: المطلب الأول معيار العمل التجاري.وفي المطلب الثاني أهمية التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية .

المطلب الأول : معايير العمل التجاري

استند أنصار المذهب الشخصي إلى الاعتبارات القانونية لصياغة نظريتهم كنظرية السبب ونظرية الحرفة ونظرية المقاولة(أو المشروع). أما أنصار المذهب الموضوعي فأقاموا نظريتهم على الاعتبارات الاقتصادية كنظرية المضاربة ونظرية التداول .

الفرع الأول : المعايير الموضوعية

إن المعايير الموضوعية تنظر إلى القانون التجاري على أنه قانون نشاط تجاري بغض النظر عن صفة القائم به سواء كان تاجرا أم غير تاجر ، فهي تحدد القانون تحديدا موضوعيا معتبرة إياه قانون العمل التجاري لا قانون التجار. ويرى مناصرو هذه النظرية العمل التجاري على أنه يقوم على فكرة المضاربة وآخرون يرون أن فكرة الوساطة هي معيار العمل التجاري وبعضهم دمج فكرة التداول والمضاربة معا .

1) نظرية المضاربة تعريف المضاربة في اللغة : السفر بغرض التجارة [1]

وفي المفهوم الشرعي : يصطلح على المضاربة بأنها نوع من الشركات يقوم باتفاق طرفين يقدم أحدهما المال والآخر يقدم جهدا ونشاطا في الاتجار، والغاية من ذلك تحقيق الربح وتوزيعها فيما بينهم .

أما المضاربة في البورصة:فلها معنى قانوني غير معناها الشرعي إذ تعني المخاطرة بالبيع أو الشراء بناء على التنبؤ بتقلبات الأسعار بغية الحصول على فارق الأسعار[2].

والمضاربة كمفهوم اقتصادي يمكن أن تعرف بكونها (عملية تتعلق بشراء شيء لإعادة بيعه في وقت لاحق بهدف تحقيق الربح)ولقد نادى الكثير من الفقهاء الكلاسيكيين بنظرية المضاربة للتعريف بالعمل التجاري كالأستاذ بوايتل والأستاذ بارديسيو كما دعا الأستاذان أهامي

---

[1] - خير حليل : المعجم العربي الحديث الاروس-مكتبة لاروس باريس 1987 ص 167.

[2] - د/ حسن عبد الله الأمين : المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة -المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب جدة 1988-ص 13.

ولاقارد إلى الأخذ بهذه النظرية بالمعنى الواسع أي تطبيقها على كل عمل يهدف لتحقيق الكسب المالي . ويبدو أن العلامة ابن خلدون قد سبق الفقهاء الفرنسيين في الأخذ بهذا المعيار إذ يقول (إن معنى التجارة تنمية المال بشراء البضائع ومحاولة بيعها بأعلى من ثمن الشراء......).

إذ المضاربة (هي السعي وراء الربح والكسب المالي أو هي توظيف رأسمال في عمل معين بقصد الحصول على الربح)فنظرية المضاربة تتضمن جانبا كبيرا من الصحة لأن النشاط يفترض لزاما قصد الربح . إلا أن النظرية تعرضت للنقد

– حيث أن الأعمال المدنية يقصد منها تحقيق الربح، فكل أصحاب المهن الحرة من محامين وأطباء ومهندسين يقصدون تحقيق الربح مع أنهم يقومون بأعمال مدنية

-إن قصد الربح هو غرض معظم النشاطات البشرية، فهو عنصر مشترك بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية . وهناك بعض الأعمال التي أعطاها القانون الصفة التجارية رغم عدم توفر عنصر المضاربة فيها كسحب الأوراق التجارية أو تظهير السفتجة. إلا أن بعض التشريعات العربية اعتمدت نظرية المضاربة صراحة كأساس لتمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية، كالتشريع الكويتي مثلا في المادة الثالثة من القانون التجاري الكويتي لسنة 1980 يرى أن (الأعمال التجارية هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد المضاربة ولو كان غير تاجر) .

2) نظرية التداول : التداول يعني انتقال الثروة وتحريكها من شخص لآخر وتداول البضائع هو تبادلها. والتداول بالمفهوم الاقتصادي هو مجموعة الهياكل والأساليب التي بفضلها يمكن وضع المنتجات والأشياء والخدمات في متناول المستعملين وتحويلها حسب متطلبات السوق. وقد نادى بهذه النظرية الأستاذ العلامة الفرنسي Thaller الذي يرى أن العمل التجاري يقوم في جوهره على تداول السلع والبضائع من وقت خروجها من يد المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك،فكل عمل يرمي إلى تحريك الثروات ويساعد على تنشيط حركتها يعتبر من طبيعة تجارية. أما الأعمال التي تتناول الثروات وهي في حالة ركود واستقرار فتعتبر من طبيعة مدنية[1] .

تطبيقات لنظرية التداول :

1)الشراء لأجل البيع : يتساءل الأستاذ "تالير" كيف يكون الشراء لأجل البيع عملا تجاريا؟ ويعطي مثلا على ذلك إذا اشترى شخص بضاعة بهدف بيعها ،ولكن لم يحصل البيع سواء لأنه لم يجد مشتريا لها أو أراد الاحتفاظ بها لنفسه ، فالشراء هنا يعد تجاريا فالعبرة في النية عند الشراء .لكنه يتصور عكس ذلك أن يتم شراء آلات تدفئة مثلا من أجل تحسين المترل المؤجر وعند انتهاء عقد الإيجار يبيع هذه الآلات للمستأجر الجديد فهذه الأعمال تعد أعمال مدنية، تحميها قواعد القانون المدني لأن ذلك داخل في الاستهلاك .

[1] – زهير عباس كريم مبادئ القانون التجاري –مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان 1995–ص 37.

2) عمليات النقل : يرى الأستاذ تالير أن النقل يعطي صورة حقيقية وواضحة للتداول ، وهذا يتفق مع نظرية التداول بأنها الحركة المادية وهو ما نص عليه المشرع التجاري الجزائري في المادة الثانية الفقرة 8 (يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع كل مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال)
3) عمليات التوسط : إن عمليات التوسط كعمل السمسار والوكيل بالعمولة يعد عملا تجاريا ما دام الغرض منها المساعدة على الحركة .

نقد هذه النظرية : يعاب على هذا المعيار أنه يُدخل ميدان التجارة أعمالا فيها تداول فهي ليست تجارية كالجمعيات التعاونية التي تشتري وتبيع لأعضائها بسعر التكلفة، وكذلك العمل الزراعي فهو عمل مدني مع أنه أول من يدفع السلعة إلى التداول .

3) نظرية التداول بقصد المضاربة : نتيجة للانتقادات التي وجهت إلى كل من معيار التداول ومعيار المضاربة وعدم صلاحية كل منهما على حدة كمعيار مميز للعمل التجاري، نادى بعض الفقهاء بالجمع بين المعيارين معا كمعيار واحد مميز للعمل التجاري .

نادى بهذا المعيار الجديد الأستاذان هميل وجارد وهما من أنصار المذهب الموضوعي لتحديد نطاق القانون التجاري. ويريا أن العمل التجاري هو التوسط في تداول الثروات بقصد الربح ويقدمان مثال لذلك الشراء لأجل البيع الذي يقوم بعملية التوسط في تداول الثروات يصبح عملا تجاريا كما كان غرضه تحقيق الربح .كما يريا أن القانون التجاري هو قانون الأعمال وبواسطة المعيار الموضوعي وخاصة نظرية التداول بقصد المضاربة نستطيع تحديد نطاق القانون التجاري مع عدم إهمال فكرة المقاولة أو المشروع [1].

4) نظرية الوساطة : نادى بهذه النظرية الأستاذان ليون كان ورينو ، وشخصا هذه النظرية بأن الصفة التجارية تثبت للأعمال القانونية التي ينتج عنها الوساطة بين المنتج والمستهلك. فالأعمال القانونية التي ترد على السلع وهي في يد المنتج أو المستهلك تعتبر من قبل الأعمال المدنية كما لو باع المزارع المحصول الناتج من أرضه، أو اشترى الغذاء والملابس له ولأسرته .أما غير ذلك من الأعمال القانونية التي يقوم بها الوسطاء كنقل السلع والسمسرة وبيعها تعتبر من قبيل الأعمال التجارية. ويعترفان أنه لا يوجد في الحقيقة معيار جامع مانع مميز لكافة الأعمال التجارية [2].

وتقترب نظرية الوساطة في معناها من نظرية التداول وإن كانت نظرية الوساطة أوسع وأشمل.
خلاصة القول أن كافة النظريات المذهب الموضوعي لا تصلح كمعيار جامع مانع موحد لتحديد مفهوم العمل التجاري

الفرع الثاني المعايير الشخصية

[1] - د/محمود مختار البريري: قانون المعاملات التجارية السعودي -معهد الإدارة العامة الرياض 1982-ص 71.

[2] -د/علي حسن يونس : قانون التجاري - دار الفكر العربي القاهرة 1979- ص 138.

يعتمد أنصار المذهب الشخصي في تحديد نطاق القانون التجاري ورسم حدوده على التاجر. فالقانون التجاري عندهم هو قانون التجار وهذا المذهب لا يهتم بطبيعة العمل ولكن بشخص القائم به .فإذا كان هذا الشخص غير تاجر فعمله يخضع للقانون المدني وإذا كان تاجرا فعمله يخضع للقانون التجاري [1].

وأنصار هذا المذهب الأستاذ أسكار الذي يتبنى نظرية المقاولة ، والعميد جورج ربير نظرية الحرفة والأستاذ ديفران نظرية السبب .

1) نظرية السبب :التعريف التقليدي لنظرية السبب أنه (الغرض المباشر والمجرد الذي يريد المدين تحقيقه بالتزامه).

أما التعريف الحديث لنظرية السبب فهو (الباعث الدافع الذي يقصد المدين تحقيقه من وراء التزامه) .والغاية من نظرية السبب الذي حاول الأستاذ ديفران في بحث نشره عام 1933 أن يجد معيارا للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني من خلال الباعث الذي دعا إلى القيام بالعمل حيث كان يعتبر السبب عنصرا جوهريا في العمل التجاري بناء على الغرض المقصود لدى كل متعاقد .

أساس النظرية : اتخذ الأستاذ ديفران سندا تشريعيا لهذه النظرية المادة 632 من القانون التجاري الفرنسي حيث أن فكرة السبب تكمن في عملية الشراء لأجل البيع والغرض المنشود لدى المشتري هو إعادة البيع قصد تحقيق الربح أي القصد هو العنصر الجوهري والمعنوي الكامن في الشخص القائم بالعمل .

نقد النظرية :-إن الباعث والدافع إلى التعاقد أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه سواء بالنسبة للتاجر أو غير التاجر.-هذه النظرية إذا صلحت كأساس للأعمال التجارية التعاقدية ، فإنها عاجزة عن تفسير تجارية الأعمال الأخرى بغض النظر عن نية القائمين بها كالتعامل بالسفتجة مثلا.

2) نظرية المقاولة أو المشروع:

لم يتضمن التشريع التجاري الفرنسي والمصري والجزائري تعريفا قانونيا، وإنما تناولت هذه التشريعات عرضا عند تحديد الأعمال التي تعتبر تجارية بنص القانون. لقد نشأت هذه النظرية أساسا في الفقه الإيطالي وتبناها الفقه الفرنسي (أسكار) الذي انتقد المعايير الموضوعية لأنها ذات طابع اقتصادي لا قانوني، واتخذ من فكرة المقاولة معيارا للعمل التجاري فعرفها بأنها (تكرار للأعمال التجارية على وجه الاحتراف بناء على تنظيم مهني سابق) [2].

---

[1] -د/نادية فضيل : القانون التجاري الجزائري -ديوان المطبوعات الجامعية 1994-ص 48.

[2] -د/ رزق الله أنطاكي د/ نهاد السباعي: الوسيط في الحقوق التجارية البرية -الجزء الأول -مطبعة الداودي دمشق 1986-ص 83 .

ويرى بأن نظرية المقاولة توفق بين المذهبين الشخصي والموضوعي ، وتمثل موكبا حقيقيا لفكرة العمل التجاري . ويعرف البعض المشروع بأنه كل تنظيم يكون غرضه أن يزاول الإنتاج أو التبادل أو تداول السلع والخدمات .فالمشروع هو الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي .

وقد نصت المادة 2032 من التشريع الإيطالي الصادر سنة 1942 عندما عرفت صاحب المشروع بأنه (كل شخص يباشر على وجه الاحتراف نشاطا اقتصاديا منظما بقصد إنتاج أو تبادل السلع أو الخدمات) والجدير بالذكر أن القانون الألماني أخذ بفكرة المشروع كمعيار للعمل التجاري واعترف بصفة التاجر لمن يملك مشروعا مهما من حيث نشاطه أو حجمه .

يرى الأستاذ أسكار أن العمل لا يدخل في نطاق القانون التجاري إلا إذا كان يُباشر على وجه المقاولة في العادة، حيث يباشر الشخص العمل في محل أو مكتب ويستعين بالغير فيوظف نشاطهم ويضارب على عملهم

أساس النظرية : يدعم أنصار هذه النظرية وجهة نظرهم بالأسانيد التالية :

1) أن القانون التجاري هو قانون المقاولات حيث يدخل كل عمل يمارسه بشكل مقاولة في نطاق القانون التجاري إلا أن المقاولة تحاط عادة بمظاهر خارجية، هذا فضلا عن أن دعائم القانون التجاري الأساسية هي السرعة والائتمان تظهر أهميتها في الأعمال القانونية المنفردة .

2) أن المشرع قد نص على كثير من المقاولات التجارية التي تفوق بعدد الأعمال التجارية المنفردة ، وهذا سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري ،كما يقول أصحاب هذه النظرية على ميل المشرع إلى تغليب الأخذ بفكرة المقاولة لتحديد نطاق القانون التجاري .

3) إن القضاء أخذ كثير في أحكامه بهذا المعيار لإثبات الصفة التجارية للعمل . إلا أن هناك انتقادات لهذه النظرية

أ) إن تعريف المقاولة بأنها التكرار المهني استنادا إلى تنظيم مهني سابق يعتبر تصورا اقتصاديا لا قانونيا وذلك بإجماع الفقه .

ب) لا تصلح هذه النظرية في ظل التشريع القائم أن يكون أساسا للقانون التجاري ، فهناك أعمال تعتبر تجارية بحسب القانون حتى ولو وقعت مرة واحدة

ت) إن الأخذ بهذه النظرية يقودنا إلى البحث عن معيار التفرقة بين المشروع التجاري والمشروع المدني .فهناك أعمال يمارسها أصحابها في شكل مقاولة تعتبر من قبيل النشاط المدني ولا علاقة لها بالحياة التجارية كما هو الشأن بالنسبة للأعمال التي يقوم بها المحامي والطبيب والمهندس والمزارع وغيرهم ممن يشتغلون بالحرف المدنية .

ث) إن القول بأن دعائم القانون التجاري السرعة والائتمان الذي لا يقوم إلا بالنسبة للمقاولات .هذا قول يفتقر إلى الصحة ، فالشخص الذي يضارب في البورصة بمفرده دون تنظيم مهني قد يحتاج إلى الائتمان أكثر ما تحتاج إليه بعض المقاولات أو مقاولة السمسرة .

3) **نظرية الحرفة** : نادى بنظرية الحرفة العميد جورج ربير George Robert.

مفهوم النظرية : هي ممارسة نشاط أي المواصلة المستمرة بصورة أساسية ومعتادة لتأدية هذا النشاط المتمثل في بعض المهام من أجل الحصول على الربح .

الفرق بين الحرفة والمقاولة : يقتصر كل منهما على تكرار الأعمال بشكل مستمر ومنظم ويقول الأستاذ روبير أن الحرفة تحتاج في ممارستها لبعض المظاهر الخارجية مثل فتح محل والاستعانة ببعض الأعمال، والاتصال بالجمهور. وبناء على هذه المظاهر يكسب الشخص صفة التاجر وهذا لا يختلف في شيء عن الشخص الذي يمارس نشاطه في كل مقاولاته .

ومع ذلك هناك اختلاف إن الحرفة التجارية تضفي على الشخص القائم بها صفة التاجر.

إن التاجر الذي يمارس مجموعة الأعمال القانونية والتي لها صلة بحاجات تجارية تعتبر هذه الأعمال الضرورية لازمة لمباشرة الحرفة التجارية. ولهذا تضفي على الشخص القائم بها الصفة التجارية .

أساس النظرية في القانون : إذا رجعنا إلى ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري فهي تعرف التجار بقولها أولئك الأشخاص الذين يمارسون الأعمال التجارية ويتخذونها مهنة معتادة لهم.

أساس النظرية في القضاء : لقد ساير القضاء القانون والفقه واعتبر كثيرا من الأعمال تجارية بالنظر إلى الشخص القائم بها أو لكونها مقاولة .

وتترتب على هذه الفكرة بأنه لا يعتبر تاجرا الشخص الذي يمارس عملا ما دون أن ينتج عنه فائدة مادية مثل ذلك تنظيم مباريات رياضية ، إقامة حفلات

وانتقدت هذه النظرية لصعوبة تحديد معنى الحرفة التجارية ولتشابه نظرية الحرفة التجارية مع المقاولات .فإن نظرية الحرفة لا تصلح لتحديد القانون التجاري. فتارة تعرف التاجر بالعمل التجاري وتارة تعرف العمل التجاري بأنه النشاط الذي يقوم به .

موقف المشرع الجزائري :إن القانون التجاري حديث العهد نسبيا، حاول فيه المشرع الأخذ بمحاسن كل النظريات واجتهادات الفقهاء وما وصلت إليه التشريعات الحديثة .

حيث أخذ المشرع الجزائري في المادة الأولى بالمذهب الشخصي حيث قال يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك . وفي المادة الثانية يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه أي بالمذهب الموضوعي وعددت هذه الأعمال على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر

وتناول المشرع في المادة الثالثة تعداد الأعمال التجارية بحسب الشكل وهي:

- التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص .
- الشركات التجارية
- وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها .

-العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

-كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية والجوية

تم تقنين المشرع الجزائري في المادة الرابعة الأعمال التجارية بالتبعية يعد عملا تجاريا **بالتبعية** .

أولا : الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارية أو حاجات متجره.

ثانيا : الالتزامات بين التجار

المطلب الثاني: أهمية التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

للوقوف على ماهية الأعمال التجارية أهمية كبيرة، لأن هناك أحكاما وقواعد قانونية خاصة وضعت لهذه الأعمال في ذاتها من غير مراعاة الشخص القائم بها تاجرا كان أم غير تاجرا وهذه القواعد تتميز عن تلك القواعد المطبقة على الأعمال المدنية في أمور عديدة منها : نظام الاختصاص – قواعد الإثبات– جزاء الالتزام

الفرع الأول: نظام الاختصاص

الاختصاص القضائي : السلطة الممنوحة لجهة معينة للفصل في الخصومات وحسم المنازعات من نوع معين وذلك في إقليمية معينة وفقا لأحكام القانون .

أولا : الاختصاص النوعي : يقوم النظام القضائي في بعض الدول كفرنسا مثلا على أساس وجود نوعين من المحاكم: محاكم مدنية ومحاكم تجارية وعلى هذا إذا رفع نزاع متعلق بعمل مدني أمام محكمة تجارية يُحكم بعدم الاختصاص. وعدم الاختصاص في هذه الحالات متعلق بالنظام العام. ومن ثم فإن للمحكمة أن تثير الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها. ولقد كانت الجزائر تأخذ بنظام المحاكم التجارية إلا أن هذه المحاكم قد ألغيت بالأمر 69-63 الصادر في أول مارس 1963، وعلى هذا فإن مسألة الاختصاص بالمسائل المدنية أو التجارية قد أصبحت غير قائمة بعد أن ألغي التنظيم القضائي الجديد ازدواجية المحاكم، ومن ثم أصبح يتبنى وحدة القضاء بدلا من مبدأ التخصيص، وهذا راجع إلى المبادئ التي تأخذ بها الجزائر والمتمثلة في مساواة الجميع أمام القانون واللجوء إلى قضاء واحد. وقد تكرس ذلك في خلال المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والذي يقضي بما يلي (أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوى الشركات التي تختص بها محليا. ويمتد الاختصاص المحلي لكل محكمة في جميع المواد المذكورة أعلاه والآلية إلى المحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية إلى دائرة اختصاصا لمجلس القضائي، الذي تكون تابعة له) .

وقد وجود فروع أو أقسام داخل مجالس القضاء الجزائرية مثل فرع التجاري –فرع العقاري – الأحوال الشخصية فالفرع التجاري لا يعتبر محكمة تجارية مستقلة وإنما تشكيلها هو من قبيل تقسيم العمل الداخلي وهو مجرد تنظيم داخلي. وعلى هذا لو رفع نزاع تجاري أمام الفرع المدني فلا يجوز الدفع بعدم الاختصاص .

ثانيا: الاختصاص المحلي : تقضي القواعد العامة في الاختصاص المحلي بضرورة رفع المدعي الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أي المحكمة التي يقع الدين مطلوبا وليس محمولا بمعنى على الدائن أن يذهب إلى موطن المدعى عليه يطالبه بالدين عملا بالمادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بينما في المواد التجارية يجوز للمدعي الخيار في أن يرفع الدعوى أمام إحدى محاكم.

أ)محكمة موطن المدعى عليه :وهذا ما تقضي به القواعد العامة وكذلك يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص موطن تجارته إضافة إلى موطنه الأصلي المادة 37 من القانون المدني الجزائري [1] ، إلا أن هناك بعض استثناءات على هذا المبدأ العام أوردها المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية نذكر منها

-ترفع الدعاوى التجارية غير الإفلاس والتسوية القضائية أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد وتسليم البضاعة أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها.

-ترفع الدعاوى المرفوعة ضد شركة أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها أحد مؤسساتها .

وقد أشارت المادة 8 ق. إ.م في الاختصاص المحلي في الدعاوى العقارية أو دعاوى الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها. وفي مواد الإفلاس أو التسوية القضائية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها ومكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية يكون أمام محكمة مقر المجلس حصرا دون سواها والحكم يكون قابلا للاستئناف .

ب) محكمة إبرام العقد وتسليم البضاعة : يشترط أن يكون تسليم كل البضاعة أو جزء منها قد حصل في دائرة المحكمة، فلا يكفي أن يكون متفقا على حصول التنفيذ في دائرتها فقط.وهذا ما أشارت إليه المادة التاسعة من قانون الإجراءات المدنية حيث نصت الفقرة 4 في المنازعات المتعلقة بالتوريد والأشغال وأجور العمال أو الصناع يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، وذلك متى كان أحد الأطراف مقيما في ذلك المكان .

كذلك الدعاوى التجارية غير الإفلاس والتسوية القضائية يكون أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاص والوعد وتسليم البضاعة أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها.

---

[1] – تنص المادة 37 ق.م.ج (يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة)

الفرع الثاني: قواعد الإثبات

المبدأ هو حرية الإثبات في المواد التجارية وبالتالي يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات كما أشارت المادة 30 ق.ت.ج كالبينة والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات والفواتير وغيرها من سندات رسمية وعرفية .

مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية :

تعتبر القواعد المتعلقة بالإثبات من أهم القواعد التي وضعها المشرع لتبسيط المعاملات التجارية ذلك أن انعقاد العقود التجارية يتطلب السرعة والتحرير من الإجراءات والقيود المبطئة فالقاعدة العامة للإثبات في المادة 333 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري تنص (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 د.ج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك)

تطبيقات المبدأ :

1) يجوز الإثبات بصدد المسائل التجارية بكافة طرق الإثبات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون التجاري خلافا للقاعدة العامة للإثبات في المعاملات المدنية .

2) يجوز الاحتجاج بالمحررات العرفية التجارية على الغير حتى ولو لم تكن ثابتة التاريخ .بينما لا يحتج بالمحررات المدنية العرفية على الغير إلا منذ أن تصبح ثابتة التاريخ مادة 328 مدني جزائري .

3) على التاجر أن يستند على دفاتره التجارية للإثبات لمصلحته خروجا على القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينشئ بنفسه دليلا لمصلحته مادة 330 الفقرة الأولى مدني جزائري.

4) على خصم التاجر أن يستند على دفاتر التاجر ليستخلص منها دليلا لمصلحته المادة 330 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري، وذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بعدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه .

الاستثناء الوارد على المبدأ : خرج المشرع من مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في بعض الحالات واشترط الكتابة إذ نصت المادة 545 ق.ت.ج تثبت عقد الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة كما نصت المادة 418 مدني جزائري يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا. وكذلك اشترط الكتابة الرسمية في بيع المحل التجاري المادة 79 من القانون التجاري الجزائري . كذلك الأمر في رهن المحل التجاري يشترط الكتابة كما وردت في المادة 120 تجاري جزائري .

ويقال أن هذه العقود على قدر كبير من الأهمية ،ويستغرق إبرامها وتنفيذها وقتا طويلا فيكون لدى المتعاقدين الوقت الكافي لتحرير سند كتابي بالتصرف ليكون حاسما لكل نزاع في المستقبل أي أن هذه الشكلية في مصلحة التجارة .

طبيعة مبدأ الحرية : مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية غير متعلقة بالنظام العام بمعنى أنه يجوز الاتفاق على مخالفته فيصبح الاتفاق على عدم الإثبات بالبينة والقرائن غير كافيا وإنما يستلزم الكتابة فقط . وعندئذ يمتنع الإثبات بغير الكتابة حتى ولو كانت في المسائل تجارية[1] .

الفرع الثالث جزاء الالتزام

تضامن المدنيين: ذكرنا أن القانون التجاري يقوم على دعائم الائتمان والثقة التي استقرت في نفوس المتعاملين في المحيط التجاري منذ القدم، وقاعدة التضامن بين المدنيين في حالة تعددهم من القواعد التي استقرت في المسائل التجارية واحترمها القضاء وطبقها . وهذا بخلاف قواعد التضامن في الروابط المدنية التي لا يمكن تقريرها إلا بنص أو اتفاق، كما ورد في المادة 217 من ق.م.ج[2]

غير أنه في المسائل التجارية يجوز نفي التضامن بنص في العقد ،ما لم ينص القانون بنص آمر على فرض التضامن كنفي المادة 551 من ق.ت.ج التي تقضي بأن للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة .

مهلة الوفاء (نظرة الميسرة) : إذا عجز المدين عن الوفاء بدين مدني في الميعاد، جاز للقاضي أن يمنحه أجلا معقولا ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك و لم يلحق بالدائن من هذا التأجيل ضررا جسيما وذلك ما نصت عليه المادة 210 من ق.م.ج إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .أما القانون التجاري فهو لا يعطي مثل هذه السلطة للقاضي نظرا لأن ما تحميه طبيعة المعاملات التجارية، وما تقوم عليه من سرعة وثقة، تقتضي من التاجر ضرورة الوفاء بدينه في الميعاد وإلا كان ذلك سبب في إشهار إفلاسه

الفائدة القانونية : لقد فرّقت بعض التشريعات مثل التشريع الفرنسي بين نسبة الفائدة عن الأعمال التجارية والأعمال المدنية ، بحيث مثلا تقدر نسبة الفائدة عن الأعمال المدنية 4% بينما في المسائل التجارية تقدر 5 %وأن ارتفاع راجح إلى أن النقود تدر أرباحا أكثر في الأعمال التجارية وسرعة استثمارها .كما تقضي القاعدة العامة بأنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. وعدم تجاوز مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن لرأس المال ولا يمانع أيضا من

[1] -د/محمد هلال : مذكرات في القانون التجاري -ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1978 -ص 65.

[2] -تنص المادة 217 من القانون المدني الجزائري التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون

أخذ فوائد على مجموع القواعد أي يأخذ بالفائدة المركبة.أما في القانون التجاري فهو يجوز تقاضي فوائد حتى ولو تجاوز مجموعها رأس المال ولا يمانع أيضا من أخذ فوائد على مجموع الفوائد أي الأخذ بالفائدة المركبة .

أما فيما يتعلق بالتعويض التكميلي : الذي يضاف إلى فوائد التأخير نرى أن القانون المدني يجيز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الفوائد القانونية إذا ثبت أن الضرر الذي يتجاوز الفائدة قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم. بينما في القانون التجاري يحق للدائن المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد التأخيرية دون حاجة إلى إثبات الضرر. وإذا كانت كثير من الدول أجازت التعامل بالفائدة بين الأفراد إلا أن المشرع الجزائري حرم التقاضي بالفائدة بين الأفراد إذ نصت المادة 454 من ق.م.ج(القرض بين الأفراد يكون بدون أجر ويقع بطلان كل نص يخالف ذلك .) بينما أجاز المشرع التعامل بالفائدة للمؤسسات المالية وهذا ما نصت علية المادة 455 يجوز للمؤسسات المالية في إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بنص قانوني لتشجيع الادخار.وكذلك أشارت المادة 456 من ق.م.ج (يجوز للمؤسسات المالية التي تمنح قروضا بقصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بنص قانوني)

- الأعذار : هو وضع المدين في حالة تأخيره عن تنفيذ التزامه حيث يترتب على تأخيره نتائج قانونية. والقاعدة العامة في القانون المدني هي أن مجرد تأخير المدين عن تنفيذ التزامه لا يكفي لاعتباره مقصرا فسكوت الدائن عن المطالبة بحقه عند حلول أجل الوفاء يعتبر قرينة على قبوله من مد هذا الأجل .ولكي ينفي الدائن هذه القرينة يجب أن يعبر من جديد عن رغبة في المطالبة ويكون ذلك بأعذار يوجه للمدين بإنذاره أو يقوم مقام الإنذار ولا بد أن يتم الإنذار بورقة رسمية [1] .

- أما الأعذار في المسائل التجارية فقد جرى العرف على أنه يكفي أن يتم الأعذار بخطاب عادي دون حاجة إلى أي ورقة من الأوراق الرسمية نظرا لما تطلبه التجارة من سرعة [2] .

- الإفلاس : لا يجوز شهر إفلاس التاجر إلا إذا توقف عن دفع ديونه التجارية،أما إذا توقف عن دفع ديونه المدنية فلا يجوز شهر الإفلاس. فإذا صدر حكم بشهر الإفلاس ترفع يد التاجر عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وتدخل جميع الدائنين في الإجراءات ويعين وكيل عنهم تكون مهمته تصفية أموال المفلس وتوزيع الناتج منها بين الدائنين كل بحسب قيمة دينه وأشارت المواد من 215 إلى 388 من القانون التجاري الجزائري على الإفلاس والتسوية القضائية .أما

1- [illegible] : القانون التجاري الجزائري –مرجع سابق ص 53.

2- نص المادة 179 ق.م.ج على ما يلي : لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك

المدين العادي فإنه يخضع لأحكام القانون المدني الواردة في المواد من 188 إلى 202 التي لا تتسم بالشدة والصرامة التي يتصف بها نظام الإفلاس .

النفاذ المعجل : إن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون بالنسبة للأحكام الصادرة في المسائل التجارية سواء كانت هذه الأحكام قابلة للمعارضة أو الاستئناف. إلا أن تطبيق هذه القاعدة يتوقف على دفع التاجر الصادر الحكم لمصلحته كفالة حتى يستطيع أن ينفذ الحكم تنفيذا معجلا [1] .جميع الأحكام الاستعجالية لها سرعة التنفيذ رغم المعارضة والاستئناف المادة 188ق إ م وكذلك حكم الإفلاس ينفذ رغم المعارضة والاستئناف المادة 227 ق.ت.ج

أما في المسائل المدنية فالأحكام غير قابلة للتنفيذ إلا بعد أن تصبح حائزة على قوة الشيء المحكوم فيه، أي أن تصبح الأحكام نهائية استوفت جميع طرق الطعن ،ولا يجوز النفاذ المعجل في المسائل المدنية إلا في حالات استثنائية والحكمة في تنفيذ الأحكام التجارية تنفيذا معجلا تعود لطبيعة الحياة التجارية التي تحتاج إلى السرعة واستقرار المعاملات ودعم الائتمان .

الرهن الحيازي : هناك فرق بين الرهن الحيازي في القانون المدني والرهن الحيازي في القانون التجاري .فعندما يعقد الرهن ضمانا لدين مدني يكون الرهن مدنيا ويخضع لأحكام القانون المدني وفي حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته يتبع الدائن إجراءات طويلة تستغرق زمنا طويلا.

أما إذا عقد رهنا ضمانا لدين تجاري فإنه يخضع لأحكام قانون تجاري وهي تختلف عن أحكام القانون المدني ويظهر هذا الاختلاف عند التنفيذ على الشيء المرهون فقد أشارت المادة 33 من ق.ت.ج إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة) دون حاجة إلى حكم أو إذن على عريضة أي تنفيذ بدون إصدار حكم بالتنفيذ [2].

التقادم : إن التقادم المسقط فيه يتقادم الحق نتيجة سكوت صاحبه عن المطالبة به مدة من الزمن حيث تسقط حقوقه بعد مرور تلك المدة المحددة قانونا. واختلفت التشريعات في تحديد مدة التقادم ، فالقانون الفرنسي يحددها بـ30 عاما بينما يحددها القانون الجزائري بـ15 سنة وهذا ما أشارت إليه المادة 197 من القانون المدني الجزائري. غير أن المشرع التجاري الجزائري قد حدد مدة التقادم تحديدا قصير جدا في المسائل التجارية على سبيل المثال في الشركات التجارية أشارت المادة 777 من ق. ت. ج تتقادم كل الدعاوى ضد الشركاء غير المصفين بمرور خمس سنوات.

-التقادم بالسفتجة بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ الاستحقاق المادة 461من ق.ت.ج .

[1] -د/ سميحة القليوبي :الموجز في القانون التجاري -مرجع سابق -ص 56.

[2] -د/ عبد المنعم عبود :مجلة الحقوق العينية دار إسهامات في أدبيات- المؤسسة تونس 1998-ص 272.

ويطبق التقادم التجاري ليس فقط على العلاقات الناشئة بين التجار والمتعلقة بتجارتهم بل **وأيضا** على جميع العلاقات ذات الصفة التجارية سواء كان أطرافها تجارا أو غير تجار.

اكتساب الصفة التجارية : من فائدة التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية أن مزاولة الأعمال التجارية من قبل شخص ما تكتسبه صفة تجارية وتترتب على هذه الصفة نتائج هامة تكسبه حقوقا ومزايا وتترتب عليه واجبات مثل إخضاعه للقيد في السجل التجاري ، والالتزام بمسك الدفاتر التجارية،كما يطبق عليه نظام الإفلاس [1] .

عدم مجانية العمل: يفترض في العمل التجاري أنه يتم لقاء أجر معين وإذا لم يتم الاتفاق على ذلك فإنه يتم تعيينه من قبل القضاء وفقا لقواعد المهنة . وينطبق ذلك على جميع الأعمال التجارية بما فيها الوكالة بالعمولة والسمسرة والوكالة التجارية .أما العمل المدني فالأمر يختلف حيث يكون في الأصل دون مقابل ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك .

المبحث الثاني
أنواع الأعمال التجارية

لم تذكر الأعمال التجارية في القانون الفرنسي على سبيل الحصر. وعندما أخذ المشرع الفرنسي لأول مرة بعد الثورة الفرنسية بنظرية الأعمال التجارية بحكم ماهيتها ليترع عن القانون التجاري الصفة الشخصية، جاء النص معددا بعض الأعمال دون بيان ما إذا كان هذا التعداد حصرا أو أنه يجوز القياس عليه. ولذلك تضاربت آراء الفقهاء في صفة هذا التعداد، فمنهم من كيّف هذا التعداد على أنه ورد على سبيل الحصر، باعتبار أن القانون التجاري هو قانون استثنائي بالنسبة للقانون المدني، والقاعدة العامة تقول لا يجوز التوسع في الاستثناء، لذلك فإنه لا يجوز الخروج عن النطاق الذي حدده للأعمال التجارية إلا بإرادة المشرع نفسه. ومنهم من قال عكس هذه النظرية باعتبار أن التفسير حرفيّ، بل يجب الرجوع إلى الأسباب الموجبة للقانون التي تقضي إعطاء الصفة التجارية لبعض الأعمال على سبيل القياس .وقد أخذ الاجتهاد القضائي بالرأي القائل أن التعداد الوارد في القانون ليس على سبيل الحصر. ووُجد إلى جانب هذا التعداد كثيرا من الأعمال التجارية مستندا إلى الشبه بين هذه الأعمال والأعمال المنصوص عليها في القانون .

تأثر التشريع الجزائري بالتشريع الفرنسي حيث عدد الأعمال التجارية في المادة الثانية حسب الموضوع، وفي المادة الثالثة عددها حسب الشكل ،والمادة الرابعة تطرقت إلى الأعمال التجارية بالتبعية، ومعنى ذلك أن هذه الأعمال التي حسم المشرع بتحديد طبيعتها وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر لأن الحياة التجارية في تطور مستمر.

ووفقا للتشريعات نلاحظ أن الأعمال التجارية تنقسم إلى ثلاثة أقسام

---

[1] د/ رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي : مرجع سابق –ص 88

أولا : الأعمال التجارية بحكم ماهيتها أي بطبيعتها أو لذاتها ويسمي البعض الأعمال الأصلية أو المطلقة هي التي لا تشترط مباشرتها من قبل تاجر لتتمتع بالصفة التجارية بل تكسب الشخص الذي احترف تعاطيها صفة تجارية .

ثانيا : الأعمال التجارية بالتبعية لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا صدرت من التاجر .

ثالثا : الأعمال المختلطة ومنها الأعمال التجارية بالتبعية وهي التي لا يكون جميع المتعاقدين فيها تجارا، فتعتبر عندئذ تجارية بالنسبة للتاجر وغير تجارية بالنسبة لغير التاجر .

المطلب الأول: الأعمال التجارية الأصلية أو الموضوعية

إن تعداد المشرع لمجموعة من الأعمال واعتبارها تجارية هو السبب في تسميتها بالأعمال التجارية الأصلية أو الموضوعية أو بحسب القانون فإن بعض هذه الأعمال تعتبر تجارية ولو وقعت مرة واحدة ومن ثم يطلق على هذه الطائفة اسم الأعمال التجارية المنفردة . وهناك طائفة ثانية لا تعتبر من الأعمال التجارية إلا إذا قامت بشكل مقاولة وأضاف المشرع طائفة ثالثة من الأعمال اعتبرها المشرع تجارية بحسب الشكل بغض النظر عن موضوعها والأشخاص القائمين بها، وعلى هذا فإن دراستنا سوف تجرى في ثلاث فروع

الفرع الأول : الأعمال التجارية المنفردة

تعتبر أعمالا تجارية ولو تمت بصورة منفردة ومن قبل أشخاص لا يتمتعون بالصفة التجارية .

- الشراء لأجل البيع أو التأجير بقصد الربح .
- العمليات المصرفية والسمسرة وعمليات الوساطة لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية .

الشراء لأجل البيع أو التأجير بقصد الربح:

اعتبر المشرع الشراء لأجل البيع عملا تجاريا بحكم ماهيته بمعنى أن من يشتري سلعة بقصد بيعها بهدف تحقيق الربح ،يخضع لأحكام القانون التجاري في جميع المنازعات الناتجة عن هذا العمل بغض النظر عن صفته ويكتسب الصفة التجارية بماله من حقوق وما عليه من واجبات إذا اتخذ من هذه الأعمال مهنة له .

نصت المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون التجاري الجزائري بأنه يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها كما نصت الفقرة الثانية على اعتبار العمل تجاريا كل شراء للعقارات لإعادة بيعها. ولو حللنا هذا العمل التجاري لوجدناه يتألف من عناصر ثلاثة لكل واحد منها أهمية حقوقية

العنصر الأول : أن يكون هناك شراء

العنصر الثاني : أن يكون محل الشراء منقولا أو عقارا

العنصر الثالث : أن يكون الشراء بقصد البيع

ويضيف القضاء والفقه عنصرا رابعا وهو قصد تحقيق الربح .

العنصر الأول : الشـــراء

يجب أن يبدأ العمل التجاري بالشراء ولا يقصد من كلمة شراء الواردة في القانون الخصوص على البضاعة مقابل بدل نقدي بل تشتمل أيضا جميع أنواع التملك بعوض كالمقايضة مثلا أما إذا باع شخص أشياء لم يكن قد سبق له شراءها فإن بيعه لها لا يكون تجاريا كبيـــع شـــخص لأشياء تلقاها بالهبة، أو عن طريق الميراث.ويترتب على ذلك اعتبار عنصر الشراء لازما لاعتبار العمل تجاريا . فعمليات البيع التي يقوم بها المنتج الأول لمنتجاته التي لم يسبق له الشراء لا تعتبر عمليات تجارية .كما في حالات استغلال الموارد الطبيعية والإنتاج الفكري أو الفـــني إلى غـــير ذلك لا تعتبر تجارية إذ يتنافى فيها عنصر الوساطة في تداول الثروات [1] .

الاستغلال الزراعي : كذلك يعتبر عملا مدنيا بيع المزارع إنتاج أرضه

فالسؤال لو قام مزارع بشراء بعض المحاصيل لدمجها مع محصوله بقصد بيعها فهل عملـــه يعتـــبر عملا تجاريا أم مدنيا خصوصا إذا كانت الكمية المشتراة ذات قيمة لا يستهان بها ؟

فكان الرأي الراجح في هذا الصدد فكرة تغليب النشاط الرئيسي ،فلو كان ما يشتريه المـــزارع أقل من محصوله أعتبر عملا مدنيا ،أما إذا كان يزيد عن محصوله أعتبر عمله تجاريـــا وذلـــك تغليب فكرة التوسط بقصد المضاربة في هذا العمل . وقد اختلف الاجتهاد الفقهي والقضائي في أمر المزارع الذي ينشئ المصانع لتحويل منتجات أرضه. فمنهم من قال أن عمليات التحويل تعتبر ثانوية بالنسبة لعمله الأساسي فلا تكسبه الصفة التجارية، ومنهم من قال عكس ذلك ولا شك أن تقدير صفة العمل في مثل هذه الحالات هو من الأمور الواقعية التي يعود أمر تقـــديرها لقضاة الموضوع .

والمبدأ الذي أقره الاجتهاد هو اعتبار أعمال التحويل التي يقوم بها المزارع ذات صفة مدنية إذ كانت بالتبعية بالنسبة لأعماله الزراعية، واعتبارها تجارية إذا طغت، مثل قيام صاحب مـــصنع سكر بزراعة قصب السكر فإن الزراعة هنا تعتبر عملا تجاريا بالتبعية

الإنتاج الذهني والفني :

لا يعتبر عملا تجاريا بيع الإنتاج الفكري إذا حصل من المؤلف نفسه لأنه لم يسبقه شراء وعلى هذا اعتبر مدنيا بيع المؤلف لمؤلفاته، وكذلك بيع الفنان لأعماله من لوحات وتماثيل وألحـــان.

وبعد الوسيط الذي يشتري هذا الإنتاج كالناشر من أجل إعادة بيعه بقصد تحقيق الـــربح إنمـــا يكون عمله تجاريا في شرائه وفي بيعه .

المهن الحرة :

تقوم المهن الحرة على استغلال العمل العقلي أساسا، حيث أن البحث عن الربح دافع ثانوي في هذه الأعمال ومثال ذلك مهنة المحاماة – الطب– الهندسة –التعليم إلى غير ذلك. تقوم هـــذه

---

[1] د/ فرحة زراوي صالح : الكامل في القانون التجاري الجزائري الأعمال التجاري– التاجر –الحرفي –ديوان المطبوعات الجامعيـــة 1995– ص 22

الأعمال على استغلال مباشر للملكات الفنية والفكرية وهم يباشرون أعمالهم إنما يقدمون خدمات لعملائهم مقابل أجر هو من قبيل الالتزام المدني .

ولقد أثير خلاف حول مهنة الصيدلي واستقر القضاء بصددها على اعتبارها من الأعمال التجارية، لأن نشاط الصيدلي وإن كان قائما على المهارة الشخصية لم يقتصر على بيع الأدوية فقط، بل أصبح يقوم بشراء وبيع أدوات التجميل وأصبحت الصيدليات اليوم تتخذ شكل محل تجاري .

العنصر الثاني : أن يرد الشراء على منقول أو عقار حتى يعد الشراء من أجل البيع عملا تجاريا فإنه يجب أن يرد هذا الشراء على المنقول ونص المشرع الجزائري في هذا الشأن حيث نصت المادة الثانية في الفقرة الأولى والثانية (يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها أو شغلها -كل شراء للعقارات لإعادة بيعها.)

فيجب أن يرد الشراء على منقول مادي أو معنوي ومثال ذلك المنقول المادي كالبضائع على اختلاف أنواعها والمنقول المعنوي كالأسهم -السندات وحقوق الملكية الأدبية والفكرية وشهادة اختراع والرسوم والنماذج الصناعية. ومثال المنقول بحسب مآل شراء مترل بقصد هدمه كان المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري يسيران على قاعدة استبعاد كافة العمليات الواردة على عقارات من نطاق الأعمال التجارية وإضفاء الصبغة المدنية عليها وإخضاعها لقواعد القانون المدني. إلا أن ظهور المضاربات العقارية في العصر الحديث حيث انتشرت عمليات شراء العقارات من أجل بيعها لتحقيق الربح دفع المشرعين حديثا في فرنسا عام 1967 والمشرع الجزائري إلى اعتبار شراء العقارات من أجل بيعها عملا تجاريا ،وكذلك الأمر بالنسبة لكل عملية توسط في شراء وبيع العقارات .يجب أن يكون الشراء مصحوبا بقصد إعادة بيعه، أما شراء العقار بقصد تأجيره لا يعتبر تجاريا إلا إذا كانت هناك مقاولة تجارية لتأجير العقارات

العنصر الثالث : قصد إعادة البيع أو التأجير للاستعمال قصد تحقيق الربح

لا يعتبر شراء المنقول أو العقار عملا تجاريا إلا إذا تم بقصد البيع وعنصر القصد هنا عنصر هام .فهو الذي يميز البيع التجاري عن البيع المدني .أما إذا تم الشراء بقصد الاستهلاك أو الاستعمال الشخصي فلا يعد عملا تجاريا .ويجب أن يتوفر قصد البيع وقت الشراء لا وقت البيع لكي يكون لهذا الصفة التجارية .

قصد تحقيق الربح : يلزم أن يكون الشراء بنية المضاربة وتحقيق الربح ويعد هذا عنصرا جوهريا في العمل التجاري، ومتى توفرت نية المضاربة، كان العمل تجاريا ولو لم يحصل البيع اللاحق لسبب ما. ولو حصل البيع بخسارة عندما تكون البضاعة معرضة للتلف فيرى صاحبها بيعها أقل من سعرها .-ويعتبر مدنيا بسبب انتفاء قصد تحقيق الربح ، عمل الجمعيات التعاونية أو النقابات .

العمليات المصرفية وعمليات الصرف والسمسرة أو الوساطة :

العمليات المصرفية

تعتبر عمليات الصرف وعمليات البنوك عملا تجاريا منفردا ولو وقعت مرة واحدة وهو ما تضمنه المادة الثانية من القانون التجاري فقرة 13 (يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة).

ونلاحظ أن المادة ترتكز على نوعين أساسيين من الأعمال التجارية المنفردة والتي تقوم على عنصرين الوساطة في تداول الثروات والمضاربة قصد تحقيق الربح وهذين النوعين هما أعمال الصرف وعمليات البنوك[1].

أعمال الصرف : ويقصد بأعمال الصرف مبادلة النقود، سواء نقود وطنية بنقود أجنبية أو نقود أجنبية بنقود أخرى ويكون الصرف على نوعين إما يدوي أو محلي أو صرف مسحوب فالصرف اليدوي يتم بالتسليم، بينما يتم الصرف المسحوب بتسليم الصراف مبلغا من النقود في بلد معين على أن يسلم ما يقابله نقودا أجنبية في بلد آخر . وينفذ عقد الصرف مثل هذه الحالة بواسطة رسائل الاعتماد أو الحوالة أو الشيك .ويتقاضى الصراف عادة عمولة على العملية التي يجريها وقد يستفيد أحيانا من فرق أسعار النقد في الزمان والمكان وتقوم المصارف بعمليات متعددة كعمليات الائتمان والودائع وفتح الحسابات الجارية وخصم الأسناد التجارية .

وتعتبر جميع المعاملات التي تقوم بها المصارف تجارية ولو كانت متعلقة بعقارات كالقروض التي تمنحها المصارف بضمان عقاري ولكن الصفة التجارية لا تلازم العملية إلا بالنسبة للمصرف. وأما بالنسبة للعميل فتعتبر تجارية إذا كان تاجرا ومتعلقة بتجارته، وتكون لها الصفة المدنية إذا لم يكن تاجرا أو كانت غير متعلقة بتجارته. وعلى هذا فإن المبادلة الودية للنقود والتي تتم بين صديقين لا تعتبر عملا تجاريا .

عمليات البنوك : تعتبر جميع عمليات البنوك من قبيل الأعمال التجارية حتى ولو وقعت مرة واحدة هذا بالنسبة للبنك ، أما بالنسبة إلى العميل فتعتبر تجارية إذا كان تاجرا .

السمسرة : هي تقريب وجهات نظر بين شخصين من أجل إبرام عقد ما وذلك مقابل أجر هو عادة ما يكون بنسبة مئوية من قيمة الصفقة كالتقريب بين البائع والمشتري وبين المؤجر والمستأجر والمؤمن والمؤمّن له .... إلخ .فالسمسار إذا هو مجرد وسيط وليس بوكيل عن أي طرف لا يدخل شخصيا في إبرام العقد ، ولهذا لا يسأل عن تنفيذه لا بصفته الشخصية ولا بصفته ضامنا. والسمسرة عمل تجاري بالنسبة للسمسار ولو وقعت مرة واحدة بغض النظر عن طبيعة الصفقة التي توسط فيها تجارية أو مدنية. أما بالنسبة للسمسار فإذا كان تاجرا

---

[1] نادية فضيل / حي بن غنيم : الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال –طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية –وحدة الرغاية الجزائر 2002 ص 99.

والصفقة تتعلق بشؤون تجارية اعتبر العمل تجاريا، أما إذا لم يتعلق بشؤون تجارته أو كانت لشخص مدني اعتبر العمل مدنيا .

الوكالة بالعمولة هي قيام شخص يسمى الوكيل بالعمولة بتصرفات قانونية باسمه الشخصي ولكن لحساب موكله مقابل أجر يسمى العمولة وهناك فرق بين الوكيل العادي والوكيل بالعمولة .

فالوكيل العادي يبرم العقد باسم موكله ولحساب موكله بحيث تنصب الحقوق والالتزامات مباشرة في ذمة الموكل. الوكيل بالعمولة عمل تجاري ولو وقع منفردا. إن الوكيل بالعمولة يبرم العقد باسمه الخاص ولكن لحساب موكله فهو طرف في العقد ومسؤول عن تنفيذه والوكالة بالعمولة لا تعتبر عملا تجاريا في جميع الأحوال إلا بالنسبة للوكيل بالعمولة .

أما بالنسبة للموكل الذي طلب منه التدخل لإبرام التصرف فإنها تعتبر تجارية بالنسبة إليه إذا كان تاجرا وكان موضوع الوكالة متعلقا بتجارته وإلا فهي مدنية [1].

الفرع الثاني المقاولات التجارية

إلى جانب الأعمال التجارية المنفردة هناك طائفة أخرى من الأعمال لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا وقعت في صورة مقاولة أو مشروع.

لم يتضمن التشريع الجزائري تعريفا قانونيا للمقاولة شأنه شأن المشرع الفرنسي، وإنما تعرض المشرع لتحديد الأعمال التي تعتبر تجارية بحسب موضعها وهو ما نصت عليه المادة الثانية من ق.ت.ج أمام عدم تعريف المشرع لفكرة المقاولة تصدى الفقه والقضاء لتعريف المقاولة فعرفها الأستاذ أسكار (بأنها تكرار الأعمال التجارية على وجه الاحتراف بناء على تنظيم مهني سابقا) [2]

يستفاد من هذا التعريف أنه لا بد من توافر عنصرين في المقاولة حتى تكتسب الصفة التجارية

- تكرار العمل أي القيام بالنشاط بصورة منتظمة ومعتادة .
- وجود تنظيم مهني : لا يكفي لاكتساب العمل صفة تجارية أن يكون بصورة معتادة قبل أن يكون بصورة تنظيم مادي يشتمل على مجموعة من الوسائل المادية والقانونية اللازمة لممارسة هذا النشاط. عرفت المادة 549 المقاولة في القانون المدني الجزائري (بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)

نلاحظ أن مفهوم المقاولة المدنية يختلف عن مفهوم المقاولة التجارية . لقد جاءت كلمة المقاولة في النص العربي للمادة الثانية من ق.ت.ج ترجمة لكلمة Entreprise حيث أن المشرع والسوري واللبناني ترجماها بكلمة مشروع .أما المشرع التونسي فترجمها بكلمة مؤسسة أما

---

[1] -د/علي البارودي -العقود وعمليات البنوك التجارية -منشأة المعارف الإسكندرية 1984-ص39 وما بعد .

[2] -د/هشام فرعون : مبادئ القانون التجاري المغربي-مطبعة الكتاب فاس 1980 -ص 27.

المشرع الإيطالي فسماها المشروع في المادة 2082 مدني بأنه كل شخص يباشر على وجه الاحتراف نشاطا اقتصاديا بقصد الإنتاج أو تبادل السلع والخدمات .

ومن خلال هذه التعاريف يستنتج أن المقاولة لها مفهوم اقتصادي أكثر ما هو قانوني . ومن المتفق عليه سواء في علم الاجتماع أو علم الاقتصاد وجود المقاولة كلما توفرت وحده في المعاملات ووحدة الهدف.تبتدئ فكرة المقاولة من مبدأ مهم وهو تجميع الإمكانيات سواء المادية أو البشرية، من أجل تحقيق هدف أو مجموعة أهداف معينة. إذ يعرفها الأستاذ الشرقاوي باعتبارها مفهوما اقتصاديا وقانونيا بأنها الوحدة الاقتصادية والقانونية التي تجتمع فيها العناصر البشرية والمادية للنشاط الاقتصادي .

وحصر المفهوم في ركنين :

-النشاط المهني المتكرر: يعتبر هذا الركن مشتركا بين الحرفة والمقاولة .

-التنظيم المسبق : هذا الركن هو الذي يفرق بين الحرفة التجارية والمقاولة التجارية التي تضمنتها المادة الثانية من القانون التجاري الجزائري والتي تشير:

أ-كل مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات

ب- كل مقاولة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح

ت-كل مقاولة أو حصر أو تمهيد الأرض

ث- كل مقاولة للتوريد أو الخدمات

ج- كل مقاولة لاستغلال المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض

ح-كل مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال

خ-كل مقاولة للتأمين

د-كل مقاولة لاستغلال المخازن العمومية

ذ- كل مقاولة لبيع السلع الجديدة في المزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة

الفرع الثالث الأعمال التجارية بحسب الشكل :

تنص المادة الثالثة من القانون التجاري الجزائري على أنه يعد عملا تجاريا بحسب الشكل

-التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص

-الشركات التجارية

-وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها

-العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية

-كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية أو الجوية

وبذلك يكون القانون التجاري الجزائري قد أخذ بالمعيارين الموضوعي والشكلي وسنتناول بيان الأعمال التي اعتبرها القانون تجارية بحسب الشكل .

1) التعامل بالسفتجة : السفتجة عبارة عن سند تجاري يحرر وفق شكل معين حدده القانون، تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص يسمى المسحوب عليه بأن يدفع في مكان محدد مبلغا معينا من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع بأمر شخص ثالث يسمى المستفيد أو الحامل . وقد نصت المادة 389 من القانون التجاري الجزائري (تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص) وأوجبت المادة 390 من نفس القانون على البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها السفتجة. ويمكن القول أن كل ما يتعلق بالسفتجة يعتبر عملا تجاريا سواء كان الالتزام مدنيا أو تجاريا، وأيا كانت صفة الموقعين عليها سواء كانوا مظهرين أو راهنين أو ضامنين[1].

2) الشركات التجارية : لقد اتجه المشرع إلى اعتبار أنواع معينة أو أشكال معينة من الشركات من قبيل الشركات التجارية حتى ولو كانت تقوم بنشاط مدني، قاصدا بذلك إخضاع هذه الأشكال من الشركات لقواعد القانون التجاري سيما لأحكام الإفلاس حماية لمن يتعاملون معها. ومثال ذلك شركات التضامن -شركات ذات المسؤولية المحدودة -وشركات المساهمة. فهذه الشركات تجارية دائما هذا وفقا لنص المادة الثالثة الفقرة 2 (يعد عملا تجاريا بحسب شكل الشركات التجارية) .

3) الوكالة ومكاتب الأعمال : هي تلك المكاتب التي تؤدي خدمة للجمهور لقاء أجر معين أو مقابل نسبة معينة من قيمة الصفقة التي توسط بها. والواقع أن المشرع الجزائري لم ينظر إلى طبيعة نشاط هذه المكاتب بل راعى أن أصحابها يدخلون في علاقات مع الجمهور ولذلك رأى ضرورة العمل على حماية جمهور المتعاملين مع هذه المكاتب ،بإخضاعها للنظام القانوني التجاري من حيث الاختصاص والإثبات وتطبيق نظام الإفلاس .

4) العمليات الواردة على المحلات التجارية :المحل التجاري هو مجموع أموال مادية كالبضائع ومعنوية مثل الحق في العملاء والسمعة التجارية والحق في الإيجار وحقوق الملكية الصناعية. ويخضع المحل التجاري لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له كل عنصر داخل في تكوينه ،ولقد اعتبر المشرع تجاريا بحسب الشكل كافة العمليات المتعلقة على المحلات التجارية من بيع ورهن وتأجير ......إلخ

حيث يعتبر تجاريا بيع محل تجاري لشخص ورثه أو تلقاه بطريق الهبة أو الوصية ودون أن يكون تاجرا .

5) العقود التجارية المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية : لقد جاء نص المشرع الجزائري مطلقا حيث أضفى الصفة التجارية على عقود تجارية متعلقة بالتجارة البحرية والجوية .يلاحظ أن

---

[1] -د/ أحمد محرز : القانون التجاري الجزائري -الجزء الثالث -السندات التجارية -دار النهضة العربية بيروت 1980 -ص 23.

النص اقتصر الصفة التجارية على عقود وحدها دون سائر الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى .

ويلاحظ أيضا أن هذا النص أضفى الصفة التجارية على كافة الأعمال التي وصفها المشرع بأنها تجارية .

المطلب الثاني : الأعمال التجارية بالتبعية

إن الأعمال التجارية بحكم ماهيتها لم تغن المشرع عن ابتكار فئة أخرى من الأعمال غير التجارية بحد ذاتها، بل قد تكتسب هذه الصفة من صفة الشخص الذي يتعاطاها إذا كان تاجرا. ويظهر الفرق جليا بين الأعمال التجارية بحكم ماهيتها، والأعمال التجارية بالتبعية حيث أن الأولى هي التي تجعل من الشخص تاجرا فيما إذا زاولها بنية الاحتراف، في حين لا تصبح الثانية تجارية إلا بفضل التاجر فيما إذا زاولها من أجل تجارته [1] .

والأصل في هذه الفئة من الأعمال تكون مدنية ،ولكنها تفقد هذه الصفة فتصبح تجارية وفقا للقاعدة الفقهية القائلة (أن الفرع يتبع الأصل). ليست نظرية الأعمال التجارية بالتبعية وليدة الاجتهاد وحده، بل هي مستمدة من القانون التجاري نفسه، إذ نصت المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري على أنه(يعد عملا تجاريا بالتبعية

-الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

-الالتزامات بين التجار. وسوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع

الفرع الأول : أساس النظرية وشروطها -الفرع الثاني : تطبيقات نظرية الأعمال التجارية بالتبعية -الفرع الثالث : الأعمال المدنية بالتبعية

الفرع الأول أساس النظرية وشروطها

أولا: أساس النظرية لها أساس قانوني وآخر منطقي

—) الأساس القانوني : لقد استند الفقه والقضاء في كل من فرنسا والجزائر ،إلى بعض النصوص القانونية بوجود سند تشريعي لنظرية

الأعمال التجارية بالتبعية في التشريع الفرنسي بالرجوع إلى المادة 632 من القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة 1807 .

نصت المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري بأكثر شمول ووضوح كأساس قانوني لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية. يفهم من نص المادة أنه لكي يكون للعمل الصفة التجارية ،

---

[1] -تقر أخذت معظم التشريعات بنظرية التبعية فأقر بعضها في صلب قانون التجارة وجود هذه الأعمال التجارية كالقانون الألماني المادة 345 والقانون البلجيكي الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون المؤرخ في 1872/12/15 ، والقانون الإيطالي المادة 4 .إلا أن هذه القوانين جميعها قصرت نظرية التبعية على بعض أنواع من الأعمال ولم تطلقها .كما فعل الاجتهاد الفرنسي على جميع أعمال التاجر يمارسها من أجل تجارته إذا كانت طبيعة العمل لا تتعارض مع تجارته .

الالتزامات بين التجار يكفي أن يكون أحدهما تاجرا والآخر شخص مدني حتى يكون العمل تجاريا بالتبعية بالنسبة للشخص التاجر[1] .

ـ) الأساس المنطقي : يقضي المنطق بضرورة طرح الصفة التجارية على كل الأعمال المتعلقة بمهنة التاجر، حتى تكون الحياة التجارية وحدة لا تتجزأ ،ولكي تخضع جميع الأعمال لنظام قانوني واحد، سواء من حيث الاختصاص القضائي، أو من حيث القانون الواجب التطبيق، والأخذ بهذه النظرية لتحقيق مصلحة المتعاملين مع التجار إنهم يستفيدون من الحماية التي يقررها القانون التجاري لدائني التاجر[2] .

ثانيا :شروط النظرية تؤكد المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري على ضرورة توفر شرطين لتطبيق النظرية، الشرط الأول : توفر صفة التاجر في الشخص القائم بالعمل .

الشرط الثاني : أن يكون العمل متعلقا بممارسة تجارية أو ناشئا عن الالتزامات بين التجار.

صفة التاجر : لا بد من توفر صفة التاجر في الشخص وهذا شرط بديهي والتاجر المحترف إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا .

الشخص الطبيعي : لا بد من توفر شروط معينة فيه ومنها احترافه الأعمال التجارية وقيامه بمهنة الأعمال لحسابه الخاص ،والتمتع بالأهلية التجارية والقيد بالسجل التجاري (المادة 21) من ق.ت.ج

الشخص المعنوي : لا تكتسب الشركات التجارية الصفة التجارية القانونية إلا من تاريخ تسجيلها بالسجل التجاري، وهذا ما نصت عليه المادة 549 من القانون التجاري الجزائري ومتى توفرت في التاجر كشخص طبيعي أو معنوي هذه الشروط فإن الأعمال المدنية التي يقوم بها وتتعلق بشؤون تجارته تعتبر أعمالا تجارية بالتبعية .

أن يكون العمل متعلقا بممارسة التاجر النشاط التجاري أو ناشئا عن الالتزامات بين التجار لا يتخذ العمل المدني صفة تجارية إلا إذا قام به التاجر لحاجات تجارته ،وإلا بقي العمل محتفظا بصفته المدنية. وهذا يعني أن الأعمال والأفعال القانونية التي تُرتّب التزاما مدنيا إذا قام بها غير تاجر وتتغير طبيعتها القانونية، ويتحول الالتزام الناشئ عنها إلى التزام تجاري بالتبعية إذا قام به تاجر لحاجات تجارته مثال شراء سيارة هو عمل مدني أصلا وإذا اشتراها تاجر لقضاء حاجات منزله والاستعمال العائلي فلا تتغير طبيعة العملية ويبقى الالتزام عقدا مدنيا أما إذا اشتراها لتوزيع البضائع أو لنقل العمال في متجره، فإن عقد الشراء يصبح عملا تجاريا بالتبعية ويترتب عنه التزام تجاري .

الفرع الثاني : ميدان تطبيق النظرية

---

[1] -د/ سميحة القليوبي : القانون التجاري الكويتي -المطبعة العصرية الكويت1974-ص 119.

[2] -يوسف محمد : المصاروة الإثبات بالقرائن المدنية والتجارية -مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1996-ص 63.

لا يقتصر تطبيق النظرية التجارية بالتبعية الشخصية على العلاقات التعاقدية بل تمتد أيضا إلى العلاقات غير التعاقدية .

أولا : الالتزامات التعاقدية تعد العقود والتصرفات القانونية التي يبرمها التاجر والمتعلقة بحاجات تجارية أعمالا تجارية بالتبعية والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

-شراء التاجر أثاثا لمحلاته التجارية

-عقد التأمين ضد الحريق أو السرقة

-جميع العمليات التي يجريها التاجر مع البنوك

-عقود الإيجار

-الاتفاق على ترميم العقار

وهناك وضع خاص لبعض العقود اختلف الاجتهاد بشأنها كالكفالة واستخدام العمال وبيع المحل التجاري [1] .

الكفالة : فالكفالة من العقود التبرع والأصل أن كافة أعمال التبرع الصادرة من التاجر تعتبر مدنية. وقد جاءت المادة 651 من القانون المدني (تعتبر كفالة الدين التجاري عمل مدني ولو كان الكفيل تاجرا غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائما عملا تجاريا .) وعلى الرغم من أن الكفالة عمل مدني، إلا أنها تكتسب صفة تجارية في الحالات التالية :

الحالة الأولى : إذا اتخذت الكفالة صورة الضمان الاحتياطي في ورقة تجارية تنشئ الصفة التجارية في هذه الحالة من شكل الورقة التجارية.

الحالة الثانية : تعتبر الكفالة تجارية إذا صدرت من أحد المصارف أو البنوك لعميل مع عملائها. تكون الكفالة تجارية في هذه الحالة لأنها تعتبر عمليات البنوك عملا تجاريا بحكم القانون لا بالتبعية .

الحالة الثالثة : تعتبر الكفالة عملا تجاريا بالتبعية إذا قام بها الكفيل التاجر لمصلحة تجارته، أن يكفل تاجر أحد عملائه التجار ليتجنب عنه خطر الإفلاس ويحتفظ به كعميل [2] .

عقد الاستخدام : إذا تعاقد تاجر مع عمال لاستخدامهم في شؤون تجارته، فالعقد هنا يتمتع بصفة تجارية بالتبعية بالنسبة للتاجر ويظل محتفظا بصفته المدنية بالنسبة للعامل[3].

شراء وبيع المحل التجاري : إذا أراد شخص تعاطي التجارة فإنه يقوم عادة بإنشاء محل تجاري له فيستأجر العقار ويزوده بالأثاث اللازم. وقد يحدث في بعض الأحيان أن يجد هذا الشخص محلا

---

1 - د/ رزق الله أنطاكي ود/نهاد السباعي : الوسيط في الحقوق التجارية البرية -مرجع سابق -ص 138.

2 - د/ رزق الله أنطاكي ود/ نهاد السباعي: المرجع السابق - ص 139.

3 - د/ يوسف علي حسن : القانون التجاري -المكتب العربي الحديث الإسكندرية -القاهرة 1979- ص 154.

تجاريا مؤسسا يريد صاحبه بيعه، إلا أنه ثار خلاف في الفقه حول شراء المحل التجاري من قبل غير التاجر. رأى البعض أن هذا الشراء لا يعتبر عملا تجاريا بالتبعية لأن المشتري غير مكتسب صفة التاجر عند الشراء، غير أن الرأي الراجح ذهب إلى أن هذا الشراء هو أول عمل يقوم بـــه قصد احتراف التجارة .وهذا الاحتراف يكسب صفة التاجر وبالتالي يعتبر شراء المحـــل عمـــلا تجاريا بالتبعية .أما بيع المحل التجاري كان يعد سابقا عملا غير تجاري لأن البائع بهذا التصرف يفقد صفة التاجر .غير أن الرأي استقرّ على اعتباره عملا تجاريا بالتبعية معتبرا أن هذا العمل هو آخر عمل يقوم به التاجر .

يرى العميد جورج روبير أن جميع العمليات التي ترد على المحل التجاري من رهن أو بيـــع أو شراء أو تأجير، هي عمليات تجارية بحسب الشكل وكذلك حسم المشرع الجزائري الخـــلاف وتبنى هذا الرأي في المادة (المادة 3 فقرة 4) واعتبرها تجارية بحسب الشكل .

ثانيا الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية : تعتبر أعمالا تجارية الالتزامات الناشـــئة عـــن المسؤولية التقصيرية التي تحدث بسبب مزاولة النشاط التجاري. وعلى ذلك يعتبر تجاريا الالتزام الناشئ عن مسؤولية التاجر من جراء منافسة غير مشروعة قد قام بهـــا، كاغتـــصاب الاســـم التجاري لتاجر آخر أو تقليد علامة تجارية له وكذلك الأمر بسبب المسؤولية عـــن الأفعـــال الضارة الناشئة عن الأشياء التي يستخدمها في تجارته. فيعتبر تجاريا التزام التاجر بالتعويض عـــن الأضرار التي أحدثتها سيارته أثناء نقلها للبضائع المعدة للتسليم إلى العملاء وكذلك الأضـــرار الناجمة أثناء العمل .ففي كل هذه الأحوال تعتبر مسؤولية التاجر تجارية بالتبعية [1].

ثالثا : الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب : يعتبر تجاريا بالتبعية الالتزام الذي يكون مصدره الإثراء بلا سبب بشرط أن يوجد صلة بين هذا الإثراء وبين النشاط التجاري للتاجر.كما يعتبر عملا تجاريا بالتبعية التزامات التاجر اتجاه شخص فضولي قام بعمل له وحقق من ورائه نفعـــا، أو إذا دفع عميل إلى تاجر مبلغا زيادة عما هو مستحق [2].

رابعا : التزام التاجر بدفعه ديون الضرائب واشتراكات التأمينات الاجتماعية : نتيجة لممارسة التاجر لنشاطه التجاري، يلزمه القانون بدفع ضرائب لخزينة الدولة، كما يلزمه أيـــضا بـــدفع اشتراكات التأمينات الاجتماعية . الأصل أن هذه الالتزامات لها صفة مدنية .

فإن التكليف بدفع الضرائب لمصلحة خزينة الدولة مفروض على جميع المواطنين ،لذلك لا يصح طلب إشهار الإفلاس بسبب عدم تسديد الضرائب .وقد تبنى القضاء هذا الرأي .

---

[1] -د/ الخولي أكثم أمين : قانون التجارة اللبناني -المقارن -دار النهضة العربية بيروت 1968-ص 153.

[2] -تنص المادة 141من القانون المدني الجزائري (كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررهـــا يلـــزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء.)

أما فيما يتعلق بدفع التاجر اشتراكات التأمينات الاجتماعية، فالرأي الراجح يعتبرها عملا تجاريا بالتبعية لأنها ترتبط بنشاط التاجر كصاحب عمل، ولو لا نشاطه التجاري لما استخدم عمالا وهذه الاشتراكات تتحدد طبيعتها مع طبيعة أجور العمال .

الفرع الثالث: نظرية الأعمال المدنية بالتبعية

إن بعض الأعمال المدنية أعطيت لها الصفة التجارية لصدورها عن تاجر وارتباطها بتجارته كذلك أجمع الاجتهاد على نزع الصفة التجارية عن بعض الأعمال التجارية بحكم ماهيتها واعتبارها مدنية بالتبعية لصدورها عن غير تاجر مثال على ذلك

-كأن يقوم مزارع بشراء أوعية لمحصوله ولو أنه باع المحصول مع الأوعية .

-قيام طبيب بشراء الأبر لزبائنه .

-شراء الرسام الأدوات اللازمة لعمله .

فجميع هذه الأعمال اعتبرتها المحاكم مدنية بالتبعية، والقاعدة التي أقرها الاجتهاد هي أنه عندما تكون نسبة العمل المدني طاغية بالنسبة للعمل التجاري فإنه يفقد صفته التجارية ويصبح مدنيا بالتبعية .

المطلب الثالث: الأعمال المختلطة

الأعمال المختلطة هي تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة للطرف الثاني. ويثار خلاف حول القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع؟

الفرع الأول :تعريف العمل المختلط

لابد لكل عمل قانوني صفة. والعمل إما أن يصدر عن شخص واحد أو عن شخصين. فإذا صدر عن شخصين فأكثر. فقد تكون له صفة تجارية بالنسبة للشخصين إذا كان عملا تجاريا بحكم ماهيته أو جرى من قبل تاجرين لأمور تتعلق بتجارتهما كعقود البيع الجارية بين صاحب المعمل من أجل منتجات معمله والتاجر الذي احترف ببيع هذه المنتجات وعقود التأمين. وقد يكون للعقد صفة تجارية بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنية بالنسبة لغيره، كعقد البيع المتعلق بمحصول الأرض والجاري بين المزارع صاحب المحصول والتاجر .والعقد بين المؤلف والناشر على بيع حق النشر، وعقد الاستخدام بين صاحب عمل والمستخدمين أو الممثلين [1] .

وقد لا تقتصر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب، بل تتعداها إلى الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار.فمسؤولية التاجر عن فعله أو فعل مستخدميه تتصف بالصفة التجارية بالنسبة له. بينما يتمتع حق المتضرر بالصفة المدنية .

[1] -د/ رزق الله أنطاكي ود/ نهاد السباعي -الوسيط في القانون التجارية البرية -مرجع سابق -ص 144.

الفرع الثاني: النظام القانوني للأعمال المختلطة

الأعمال التي تكون تجارية بالنسبة لشخص ومدينه بالنسبة لشخص آخر تسمى بالأعمال المختلطة وتنشأ عن هذا النوع من الأعمال عدة إشكاليات تتعلق بالاختصاص القضائي ووسائل الإثبات .

أولا: الاختصاص سبق ووضحنا أن الاختصاص نوعان اختصاص محلي واختصاص نوعي، ففي ما يتعلق بالاختصاص النوعي فالأمر لا يثار في هذه المسألة بالجزائر لعدم وجود قضاء تجاري مستقل[1] .

أما في الدول التي يوجد بها قضاء تجاري إلى جانب القضاء المدني، فقد استقر رأي الفقه على الحل التالي وهو حل تحكيمي. إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعى عليه فعلى المدعي أن يرفع دعواه أمام المحاكم المدنية .أما إذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ،فعلى المدعي أن يرفع دعواه إما أمام المحاكم المدنية أو التجارية، غير أن هذا الخيار غير متعلق بالنظام العام

أما فيما ينطبق على الاختصاص المحلي وبالنسبة للطرف المدني فلا تجوز مقاضاته إلا أمام محكمة محل إقامته وفقا للقواعد العامة. أما بالنسبة للطرف التجاري فيجوز رفع الدعوى عليه أمام إحدى المحاكم الثلاث محكمة إقامته –محكمة إبرام العقد –محكمة محل تنفيذ العقد .

ثانيا :الإثبات إذا كان العقد أو الالتزام مدنيا بالنسبة لأحد المتخاصمين ،وتجاريا بالنسبة للآخر فإنه يجب التفرقة بالنسبة لوضع كل من الفريقين في الدعوى. فإذا كان العقد أو الالتزام ذا صفة مدنية بالنسبة للمدعى عليه فإنه لا يجوز للمدعي إثباته إلا بوسائل الإثبات المدنية .

وإما إذا كان تجاريا بالنسبة للمدعى عليه فيحق للمدعي عندئذ اللجوء إلى وسائل الإثبات التجارية .إذ أن صفة العمل المطلوبة إثباته هو الذي يحدد طرق الإثبات[2].

ثالثا : الرهن : يخضع إنشاء الرهن وتنفيذه لقواعد تختلف حسبما يكون رهنا مدنيا أم رهنا تجاريا .أما إذا كان إنشاء الرهن بين الطرفين بشكل مختلط هنا يثار التساؤل عن القانون الذي يجب تطبيقه .وأمام هذا العمل المختلط لا يجوز تجزئة الرهن إلى جزأين ،إخضاع أحدهما للقانون المدني والآخر للقانون التجاري، بل لا بد من تطبيق نظام قانوني واحد، ولكن المعيار الذي أخذ به في هذا الصدد ،هو أن العبرة بصفة الدين المضمون بالنسبة للمدين تجاريا اعتبر الرهن تجاريا، وخضع لأحكام القانون التجاري ذات الإجراءات المبسطة وخاصة عند التنفيذ على الشيء المرهون .أما إذا كان الدين المضمون بالرهن مدنيا بالنسبة للمدين الراهن اعتبر الرهن مدنيا وطبقت عليه قواعد القانون المدني .

---

[1] –راجع الباب الأول والثاني من القانون الإجراءات المدنية المتعلقة في الاختصاص النوعي والاختصاص المحلي المواد من (1إلى 11)

[2] –انظر نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري والمادة 333 من القانون المدني الجزائري .

رابعا : قواعد الأهلية : تلزم الأهلية التجارية بالنسبة للشخص الذي يعتبر العمل من ناحيته تجارية .أما بالنسبة للطرف المدني تطبق عليه الأهلية المدنية [1].

خامسا: الإجراءات التنفيذية : يجوز للطرف المدني في حالة عدم وفاء الطرف التجاري بدينه أن يطلب شهر إفلاسه، وأن يثبت أن التاجر متوقف عن دفع دين تجاري أما الطرف التجاري فلا يجوز له ذلك (الإفلاس يطبق على التاجر).

ونستخلص من البحث في الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري أن وصف العمل بأنه تجاري أو مدني أمر متعلق بالنظام العام. وإذا اتفق الطرفان على وصف عمل ما وكان هذا الوصف مخالفا للمعايير الواردة في القانون فإن اتفاق الطرفين على اعتبار عمل ما تجاريا دون أن يكون كذلك طبقا للقانون وجب على المحكمة بإبطال الاتفاق وتطبيق المعيار الوارد في القانون .

الفصل الثاني
نظرية التاجر

أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي الذي يرتكز أساسا على طبيعة العمل بغض النظر عن الشخص القائم به. غير أن المشرع لم يكتف بالمعيار كأساس لمفهوم القانون التجاري، بل أخذ كذلك بالمعيار الشخصي. فقد أشارت المادة الأولى المعدلة من القانون التجاري الجزائري بأمر رقم 27/69 المؤرخ في 1996/12/9 على الصفة الشخصية لاكتساب الصفة التجارية أي الأخذ بالمعيار الشخصي .

أهمية تحديد صفة التاجر:نجد أن للتجار كأشخاص طبيعية أو معنوية نظام قانوني خاص بهم فهم حقوق مقتصرة عليهم كحق الترشيح والانتخاب للغرف التجارية التي تهتم بشؤونهم ويلتزمون بما يفرضه القانون من التزامات، كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية والخضوع لضرائب معينة يحددها القانون من حيث وعائهم ونسبتها .وفضلا عن ذلك أخضع القانون التجاري الشركات التجارية لأحكام شكلية معينة. أما فيما يتعلق بالأهلية التجارية فقد نظم المشرع أحكاما وقواعد خاصة بالإضافة إلى القانون المدني ،بحيث لا يستطيع شخص مباشرة التجارة إلا إذا توفرت لديه القواعد التي نص عليها المشرع وذلك من أجل دعم الثقة والائتمان.

وسنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين:

---

[1] انظر نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري والمادة 5 من القانون التجاري .

المبحث الأول : الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر
المبحث الثاني : الالتزامات التي تترتب على التاجر

المبحث الأول
شروط اكتساب صفة التاجر

يشترط لاكتساب الصفة التجارية احتراف العمل التجاري وممارسته لحسابه الخاص وتوفر أهلية خاصة للشخص الذي يرغب في ممارسة التجارة .حيث نصت المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري (يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له ما لم يقض بخلاف ذلك) ينطبق على ذلك، التاجر الفرد وعلى الشركة التجارية مما يتضح من نص المادتين الخامسة والسادسة من القانون التجاري الجزائري توافر أهلية خاصة للشخص الذي يرغب في ممارسة التجارة . وما عدا ذلك يرجع إلى القواعد العامة المنصوص عنيه في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة. نقسم هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول : احتراف الأعمال التجارية

المطلب الثاني : توافر أهلية التجارية

المطلب الأول: احتراف الأعمال التجارية

لا يكفي تعاطي الأعمال التجارية وحدها لاعتبار الشخص تاجرا ، بل لا بد أيضا من اتخاذ هذه الأعمال مهنة له، وأن يمارسها بصفة منتظمة وعلى وجه الاستقلال .

الفرع الأول : مفهوم الاحتراف

هو ممارسة الأعمال التجارية بصورة منتظمة بقصد اتخاذه مهنة لإشباع حاجاته وذلك على وجه الاستقلال، وليس لحساب الغير. ولكي يكون بصدد احتراف يجب أن تتوفر فيه العناصر التالية :

1 -ممارسة العمل التجاري بصورة متكررة ومنتظمة وهنا نميز بين الاحتراف والاعتياد [1] .

إن معنى الاحتراف هو الانتظام والاستمرار. أما الاعتياد فيقصد به تكرار وقوع العمل من وقت لآخر دون أن يصل لدرجة الاستمرار والانتظام ،وعلى ذلك ،فمن يعتاد القيام بأعمال تجارية لا يلزم أن يكون تاجرا مثل ذلك مزارع اعتاد سحب السفاتج على من يشتري منه الحبوب، فعلى الرغم من كون هذا العمل يعتبر عملا تجاريا من حيث الشكل، إلا أن المزارع لم يكتسب صفة التاجر بالرغم من هذا الاعتياد. إذ أنه لاكتساب صفة التاجر لا بد أن يصل إلى درجة الاحتراف أو الامتهان .

[1] -د/علي بن غانم : الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال -مرجع سابق -ص 146.

2-يجب أن يتم الاحتراف على وجه الاستقلال أي قيام شخص بأعمال تجارية لحسابه الخاص. فإذا قام شخص بأعمال تجارية لغير حسابه، فلا يتحمل تلك المخاطر، ومن ثم لا يكتسب صفة تاجر. وبناء على ذلك فالموظفون وعمال المحلات التجارية لا يعتبرون تجارا. إلا أن الشريك في شركة التضامن يعتبر تاجرا سواء اشترك في الإدارة أو لم يشترك وذلك لأنه يسأل عن التزامات الشركة على وجه التضامن. أما الشريك في شركات ذات مسؤولية محدودة أو شركات مساهمة فلا يعتبر تاجرا ولا يسأل عن التزامات الشركة إلا بقدر الحصة التي قدمها [1].

3- الأصل في التجارة أن تتم علانية ومعظم التجار يخصص مصاريف للدعاية والإعلانات مشاريعهم التجارية .غير أنه أحيانا قد يحترف شخص الأعمال التجارية مستترا وراء شخص آخر لأسباب كثيرة ولقد ثار خلاف في الفقه حول من يعتبر تاجرا؟ فرأى بعض الفقهاء أن الشخص المستتر هو الذي يعتبر تاجرا لأن النشاط التجاري يتم لحسابه، وبالتالي فهو يسأل عن نتائج العقود التي أبرمها الشخص الظاهر مع الغير .بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الشخص الظاهر هو الذي يعتبر تاجرا وذلك حماية للثقة المشروعة التي تتولد لدى الغير من خلال ظهوره بمظهر التاجر [2].

وهناك رأي ثالث يرى أن كليهما الظاهر والمستتر يعتبر تاجرا .فإذا كان للشخص المستتر صفة التاجر لأنه يضارب بأمواله ويتم الاتجار لحسابه، فإن الشخص الظاهر يعتبر تاجرا هو الآخر ويجوز شهر إفلاسه لأن ظهوره بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس يكسبه صفة تاجر تطبيقا للنظرية الظاهرة وحماية ثقة الجماهير التي تتعامل معه من خلال ظهوره بمظهر التاجر.

الفرع الثاني: محل الاحتراف وإثباته

يجب أن يكون نشاط محل الاحتراف مشروعا وذلك لتعلقه بالنظام العام .ولو توفر الاحتراف بجميع مقوماته ولكن ممارسته شيء غير مشروع، لا يكتسب محترفه صفة التاجر ومن الأمثلة على ذلك من يحترف تجارة المخدرات، أو يلعب القمار، أو يمارس الدعارة، فإن المشرع التجاري حريص على من ينتمي إلى مجتمع التجارة الذي يسوده مبدأ الثقة والائتمان بفرض قواعد آمرة وجزاءات صارمة .

-لإثبات الاحتراف أهمية كبيرة، فهي تحدد النظام القانوني الذي يحكم التزاماته. وهذه الصفة لا تفترض، وإنما لا بد من إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويقع عبء الإثبات على من يدعيها، فلا يكفي أن يصف شخص نفسه تاجرا أو يثبت الصفة على أساس وجود محل تجاري فقط فقد يباشر التاجر حرفته التجارية متجولا أو على طريق العام، وإثبات الاحتراف مسألة موضوعية

---

1 - د محسن شفيق : القانون التجاري المصري -دار المعارف الإسكندرية 1954-ص 109.

2 - د محمد فريدة : القانون التجاري الجزائري -مرجع سابق -ص 123.

يفصل فيها قاضي الموضوع ولا يخضع في فصله لهذه الوقائع لرقابة المحكمة العليا. ويتم إثبات الاحتراف كذلك بالقيد في السجل التجاري وهي قرينة لاكتساب الصفة التجارية بناء على نص المادة 21 المعدلة سنة 1996 من القانون التجاري الجزائري على (كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر إزاء القوانين المعمول بها ويخضع لكل النتائج الناجمة عن هذه الصفة) وهذا ما أخذ به المشرع الألماني. أما قبل التعديل كان يعتبر القيد بالسجل التجاري قرينة بسيطة. يجوز إثبات عكس ذلك كما هو الحال في القانون الفرنسي .

نهاية الاحتراف يبقى الشخص محتفظا بصفة التاجر مادام يمارس العمل التجاري ويتخذه مهنة له. ويبقى محتفظا بهذا الوصف إلى حين أن يفرغ من تصفية أعماله التجارية أو في حالة إشهار إفلاسه ولا تنتقل صفة التاجر بسبب الوفاء إلى الورثة، ولكن إذا استمر الورثة في مباشرة التجارة التي آلت إليهم، فإنهم يكتسبون الصفة التجارية على أساس احترافهم للأعمال التجارية لا على أساس أنهم ورثة[1]

المطلب الثاني : الأهلية التجارية

لاكتساب صفة التاجر يجب أن يكون الشخص متمتعا بالأهلية اللازمة لاحتراف التجارة.
الأهلية: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، أي الأعمال الصادرة عن إرادة صحيحة الآثار المقررة في القانون.

أهلية الشخص الاعتباري : نصت المادة 50 من القانون المدني الجزائري فقرة 5 (أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي قررها القانون، وهذه الأهلية محدودة بالأعمال اللازمة لتحقيق غرض الشركة .وقد نص القانون التجاري الجزائري في المادة 5 على ترشيد القاصر وفي المادتين 7-8 بأهلية المرأة المتزوجة وفيما عدى ذلك نرجع إلى القواعد العامة .

الفرع الأول: كامل الأهلية

لم يتضمن القانون التجاري الجزائري حكما خاصا بسن الرشد التجاري، وبالرجوع إلى القواعد العامة، نجد أن المادة 40 من القانون المدني الجزائري حددت سن الرشد بتسعة عشر سنة كاملة (كل شخص يبلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية) .إن كل من بلغ هذا السن له الحق في ممارسة التجارة واحترافها بشرط أن لا يكون قد أصابه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة وهو ما نصت عليه المواد 43/42 من القانون المدني [2].

---

[1] -د/حلو أبو الحلو : شرح القانون التجاري الجزائري -جامعة الجزائر 1986-ص 131.

[2] -تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر سنه أو عته أو جنون يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة) وتنص المادة 43 (كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد كان سفيها أو ذو الغفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون) .

الممنوعون من مباشرة التجارة : هناك فئة من الأشخاص يمنع عليهم مزاولة التجارة، تحقيقا لأغراض معينة، مثال ذلك موظفي الدولة- المحامين -والأطباء -ورجال الدين ،ولعل سبب منعهم لمزاولة التجارة راجع لضمان حسن القيام بالأعمال الوظيفية المعهودة إليهم والطبيعة المهنية التي يمارسونها وصيانة سمعتهم وكرامتهم الشخصية .

سؤال ما هو الحكم لو مارس أحد هؤلاء الأشخاص التجارة واحترفها على الرغم من الحظر الوارد في القانون ؟

تكتسب صفة التاجر متى احترف التجارة وتظل أعماله التجارية صحيحة ويلتزم بجميع التزامات التجارية. غير أن اكتسابه لهذه الصفة لا يمنع من توقيع العقوبات التأديبية. والاعتراف هؤلاء الأشخاص بصفة التاجر هي حماية لحقوق غير المتعاملين معهم.

وهذا خلافا للقاصر الذي يحترف التجارة ليست من مصلحته العامة اكتساب صفة التاجر .

أهلية الأجانب : يعتبر الأجنبي الذي يبلغ سن 19 كاملة كامل الأهلية لمباشرة التجارة في الجزائر، ولو كان طبقا لقانون دولته يعتبر ناقص الأهلية. والسبب في ذلك هو رغبة المشرع في التسوية بين جميع الأشخاص البالغين وعدم توفير حماية خاصة للأجانب، وأكثر من ذلك أراد المشرع أن يوفر الحماية والطمأنينة والثقة للمواطنين الجزائريين في تعاملهم مع الأجانب.

الفرع الثاني :ترشيد القاصر

تنص المادة الخامسة من القانون التجاري الجزائري على ما يلي : (لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية .

-إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفى أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب و الأم .

-ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.)

شروط الترشيد :

-إكمال سن 18 كاملة

-الحصول على إذن من الأب أو الأم أو مجلس العائلة

-مصادق على الإذن من المحكمة

-قيد الإذن في السجل التجاري

س: هل الإذن للقاصر بمباشرة التجارة يكون إذنا مطلقا أو مقيدا ؟

جاء نص المادة 5 مطلقا دون قيد، غير أن المادة 6 نصت على أنه(لا يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة الخامسة أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية). وبناء على هذين النصين نرى
-للأب أو للأم أو لمجلس العائلة سلطة تقديرية لمنح الإذن للقاصر البالغ 18 سنة كاملة
-يجوز للقاصر المرشد مباشرة التجارة مطلقا بالنسبة للاتجار في الأموال المنقولة يصبح القاصر كامل الأهلية في حدود ما أذن له فيه [1].

- بالنسبة للأموال العقارية فقد حظر المشرع على القاصر المأذون له في تجارة التصرف في هذه الأموال إلا باتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية، وذلك ضمانا من المشرع ليكفل به حماية أموال القاصر . غير أنه يجوز للقاصر أن يرتب التزاما أو رهنا على العقارات التي يملكها وذلك تطبيقا لأحكام المادة السادسة من القانون التجاري الجزائري .

الفرع الثالث : المرأة المتزوجة

للمرأة المتزوجة في القانون الجزائري الأهلية الكاملة لمباشرة التجارة، وذلك دون قيد شأنها شأن الرجل، هذا ما نصت عليه المادة الثامنة من القانون التجاري الجزائري بقولها (تلتزم المرأة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير).وتلتزم أيضا المرأة المتزوجة في شأن تجارتها بالالتزامات المهنية للتجار من مسك الدفاتر والقيد في السجل التجاري. فمثلا في التشريع الفرنسي تخضع المرأة عند مباشرتها للتجارة لبعض القيود الخاصة إذ كانت في المرأة المتزوجة في السابق تحتاج إذنا من زوجها لمباشرة التجارة ولكن قانون 13/7/ 1965الخاص بإعادة تنظيم الأحوال بين الزوجين ألغى حق الزوج في هذا الاعتراض. إلا أن القانون اللبناني مازال حتى يومنا هذا يشترط من المرأة المتزوجة أخذ الإذن من زوجها لمباشرة الحرفة التجارية [2].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري في المادة السابعة على أن (لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تابعا لنشاط زوجه ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا). وهذا النص هو تطبيق للقواعد العامة، حيث أن مجرد قيام الزوجة لمساعدة زوجها أو بالعمل لحسابه في متجره فهذا لا يكسبها صفة التاجر وإنما يكسبها صفة العاملة التي تخضع لقانون

[1] -تنص المادة 84 من قانون الأسرة(للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن، إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك) .

[2] -تنص المادة 14 من قانون التجارة اللبناني على أن (حقوق المرأة المتزوجة تحدد عند الاقتضاء بأحكام قانونها الشخصي وعقدها الزوجي) ونصت المادة 4 من القانون التجاري الفرنسي قبل تعديل 1965 (لا يجوز للزوجة ممارسة التجارة إلا بموافقة زوجها)
وبعد التعديلات الصادرة بتاريخ 1965/07/13 أصبح النص كما يلي (يمكن للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة بحرية ولكنها لا تعتبر تاجرة إلا إذا مارست تجارة منفصلة عن تجارة زوجها) .

العمل، وتتمتع بالحقوق التي يقرها قانون العمل من حماية الأجور، وتطبيق نظام الضمان الاجتماعي عليها، وإلزام زوجها بدفع أقساط التأمين الاجتماعي عنها .

المبحث الثاني
التزامات التاجر المهنية

نظم المشرع مهنة التاجر فعندما يكتسب الشخص صفة التاجر يصبح في مركز قانوني ويترتب عليه الخضوع لواجبات قانونية والالتزام بالواجبات المهنية .ومن أهم هذه الواجبات التي يفرضها القانون التجاري على التجار عموما، مسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري.

المطلب الأول: الدفاتر التجارية

تعريف الدفاتر التجارية : سجلات يقيد فيها التاجر عملياته التجارية (إيراداته، ومصروفاته، حقوقه والتزاماته) ومن خلال هذه السجلات يتضح مركزه المالي وظروف تجارته .

اهتم المشرع الجزائري بهذا الالتزام الطبيعي فجعله واجبا قانونيا بالنسبة للتجار سواء كانوا أفرادا أو شركات قاصدا مصلحة التاجر نفسه ومصلحة الأفراد الذين يتعاملون معه فخصص لها المواد 9 حتى 18 من ق.ت.ج وسنتناول دراسة الدفاتر التجارية من خلال أربعة فروع

أهمية الدفاتر التجارية والأشخاص الملتزمون بمسكها[1] .

– تمثل الدفاتر التجارية المنظمة مرآة صادقة تعكس سير أعمال التاجر وتبين مركزه المالي .

– إن الدفاتر التجارية متى كانت منتظمة هي أداة إثبات في المنازعات التي تحصل بين التجار أنفسهم، ومع المتعاملين معهم. فإذا أهمل التاجر مسك الدفاتر يحرم من هذه الميزة بل يؤدي هذا الإهمال إلى الإضرار به .

– يمكن للتاجر أن يستعين بدفاتره التجارية إذا كانت منتظمة لإثبات حسن نيته عند عجزه عن دفع ديونه التجارية. ويطلب الصلح الواقي من الإفلاس أو التسوية القضائية، وإذا ما أشهر إفلاسه أمكنه من أن يستعين أيضا بهذه الدفاتر لينجو من خطر الإفلاس التقصيري أو الاحتيالي وقد فرض المشرع لهذين النوعين عقوبة جنائية .

–تفيد الدفاتر التجارية عند فرض الضريبة على الدخل، إذ تمكن التاجر من التصريح عن أرباحه الحقيقية، وتحول دون فرض ضريبة على أساس التقدير الجزافي الذي يؤدي إلى الإجحاف بالتاجر.

الأشخاص الملزومون بمسك الدفاتر التجارية : نصت المادة التاسعة من القانون التجاري الجزائري على أن (كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك الدفاتر اليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة، أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن

---

[1] –د/ سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري –مرجع سابق –ص 135.

يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا) يستفاد من هذا النص أن الالتزام بمسك الدفاتر التجارية يجب على كل من اكتسب صفة التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ولا يشترط على التاجر المطالب بمسك الدفاتر التجارية أن يكون ملما بالقراءة والكتابة. حيث لا يشترط بأن تكون البيانات الواردة فيه بخط يده .

الفرع الأول: أنواع الدفاتر التجارية

ألزم المشرع التجاري الجزائري مسك الدفاتر الإجبارية وترك لهم حرية مسك الدفاتر الاختيارية

أولا: الدفاتر الإجبارية : يستنتج من نصوص المواد 9-10-11 تجاري إلزام التاجر بمسك دفترين على الأقل هما دفتر اليومية ودفتر الجرد .

1 -دفتر اليومية : يعتبر دفتر اليومية من أهم الدفاتر التجارية وأكثرها بيانا لحقيقة المركز المالي. يجب على التاجر أن يقيد في دفتره اليومي جميع العمليات التي يقوم بها وتتعلق بتجارته من بيع و شراء أو اقتراض أو دفع أو قبض سواء أوراقا نقدية أو أوراقا تجارية أو استلام بضائع وإلى غير ذلك من الأعمال المتعلقة بتجارته. كما أن المشرع لا يلزم التاجر بقيد مصروفاته الشخصية لأن ذلك مساس بحياته الخاصة .ومن الناحية العملية قد لا يكفي دفتر واحد لقيد العمليات التجارية على اختلاف أنواعها لذلك يجوز أن يمسك أكثر من دفتر يومي مساعد له[1]

2- دفتر الجرد : تنص المادة عشرة من القانون التجاري بإلزام التاجر بمسك دفتر للجرد مرة على الأقل في السنة لبيان المركز المالي للتاجر، يقيد فيه عناصر المشروع التجاري وهي ما للتاجر من أموال ثابتة ومنقولة وحقوق لدى الغير وما عليه من الديون التي تكون في ذمة التاجر للغير .

ثانيا الدفاتر الاختيارية : بالإضافة إلى الدفاتر الإجبارية اعتاد التجار استعمال دفاتر أخرى لم يلزمهم القانون بضرورة مسكها ولذا سميت بالدفاتر الاختيارية وأهم هذه الدفاتر

1-دفتر الأستاذ : وهو أهم الدفاتر الاختيارية وهو الذي تنقل إليه القيود التي سبق تدوينها في الدفاتر اليومية وترتب فيه حسب نوعها أو بحسب أسماء العملاء لكل عميل. والطريقة المتبعة للقيد في دفتر الأستاذ تعرف بطريقة القيد المزدوج .

2-دفتر الصندوق : يتم فيه إثبات حركة النقود الصادرة والواردة، وبواسطته يستطيع التاجر أن يتحقق من مقدار النقود الموجودة لديه .

3-دفتر المخزن : تدون فيه البضائع التي تدخل إلى مخزن التاجر والتي تخرج منه .

4-دفتر الحوالات والأوراق التجارية : يسجل فيه جميع الأوراق التي على التاجر وجميع الأوراق التجارية التي لأمره مع مواعيد استحقاقها مثل (السفتجة -السند لأمر -الشيك).

---

[1] -يرى الدكتور أكثم الخولي في هذا الخصوص أن التاجر لا يعتبر مخالفا لحكم القانون إذا ما خصص لمعيشته مبلغا شهريا إجماليا في الدفتر في أول كل شهر، بل أن هذا ما جرى عليه العمل فعلا .ووفقا للقانون الفرنسي الجديد للدفاتر التجارية لا يلزم التاجر ببيان ما ينفقه على منزله وكان التجار يشكون من الزامهم بهذا البيان الذي يتعلق بحياتهم الخاصة

5-دفتر المستندات و المراسلات: وهو عبارة عن مجموعة على شكل حافظة تضم المستندات التي تتعلق بنشاط التاجر، كالمراسلات والبرقيات والفواتير حتى يسهل الرجوع إليها واعتماد عليها في الإثبات

تنظيم الدفاتر التجارية ومدة الاحتفاظ بها :

أولا التنظيم : يخضع مسك الدفاتر الإجبارية لأحكام خاصة نصت عليهما المادتان 11و12 من القانون التجاري نظرا لأهميتها في مجال الإثبات أمام القضاء أو أمام مصالح الضرائب فيجب أن تكون الدفاتر التجارية خالية من أي فراغ أو كتابة في الحواشي أو شطب

ثانيا مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية : تشير المادة 12 من القانون التجاري الجزائري بأنه يجب الاحتفاظ بالدفاتر والمستندات لمدة عشر سنوات، وللتاجر بعد انقضاء هذه المدة أن يعدم دفاتره ومستنداته التجارية، حيث لا يمكن إلزام التاجر بتقديم دفاتره أمام القضاء بعد انقضاء هذه الفترة .

تنص المادة 146 ق.ت.ج (تعرض على رئيس المحكمة في شهر ديسمبر من كل سنة الدفاتر المنصوص عليها في المواد أعلاه، وبعد مراجعة محتواها والتأكد من أن القيد قد اتبع على وجه الدقة ، يصادق عليها في ذيل آخر قيد.)

الفرع الثاني الجزاء المترتب على عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم تنظيمها

الجزاءات المدنية :--حرمان التاجر من تقديم دفاتره غير المنظمة وعدم الاعتداد بها أمام القضاء يكون قد حرم نفسه من ميزة بل يكون عدم انتظام دفاتره قرينة ضده .

-لا يحق للتاجر غير المنتظم إجراء تسوية قضائية لعدم تحديد مركزه المالي .

-يكون تحديد الضرائب جزافيا وقد يترتب على ذلك إجحاف بحق التاجر نفسه .

الجزاءات الجنائية [1]:حددت المادة 370 من القانون التجاري الحالات التي يعد فيها التاجر مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير، ومن بينها التاجر الذي توقف عن دفع ديونه و لم يكن قد أمسك حسابات حسب عُرف المهنة .وأشارت المادة 371 من القانون التجاري يعد مرتكبا لجريمة الإفلاس بالتقصير كل تاجر توقف عن الدفع إذا كانت حساباته ناقصة غير منتظمة

كما أشارت المادة 374 من القانون التجاري يعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقفه عن الدفع ويكون قد أخفى حساباته كلها أو بعضها.

نلاحظ أن المادة 369 من القانون التجاري التي تحيلنا إلى المادة 383 من قانون العقوبات على الأشخاص الذين تثبت إدانتهم بالتفليس بالتقصير أو بالتدليس يعاقب :

-عن الإفلاس بالتقصير بالحبس من شهرين إلى سنتين .

---

[1] -تنص المادة 370 من ق.ت.ج (يعد مرتكبا للتفليس بالتقصير كل تاجر توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات التالية : وأشارت الفقرة 6 في حالة إذا لم يكن قد أمسك أية حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارية

-عن الإفلاس بالتدليس بالحبس من سنة إلى خمس سنوات .
ويجوز علاوة على ذلك، أن يقضي على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ق.ع.ج لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر .

الفرع الثالث : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

لا شك أن من أهم القواعد الأصلية في الإثبات المدني أنه لا يجوز لشخص أن يخلق دليلا لنفسه .كما لا يجوز إجبار شخص أن يقدم دليلا ضد نفسه، على أن هاتين القاعدتين لم تطبقا بحذافيرها في أمور التجارة إذ أجاز المشرع في مناسبات عديدة الإثبات بواسطة الدفاتر التجارية سواء ضد التاجر أو لصالحه .

أولا :حجة الدفاتر التجارية ضد التاجر

إن الدفاتر التجارية هي حجة على التاجر الصادرة عنه، أيا كان خصمه الذي يتمسك بها سواء كان تاجرا أم غير تاجر. وتؤكد المادة 330 فقرة 2 من القانون المدني (تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه) وتستند حجة التاجر ضد صاحبه إلى كون البيانات الواردة تعتبر بمثابة إقرار خطي صادر عن التاجر وهذا الإقرار لا يتجزأ إلا أن قوة الدفاتر التجارية في الإثبات ليست مطلقة، بل تترك لتقدير القاضي إما أن يأخذ بها أو يتركها جانبا .

وخروجا عن المبدأ العام الذي لا يجوز للشخص أن يصنع دليلا لنفسه، فإن القانون سمح للتاجر أن يتمسك بدفاتره التجارية كدليل له، غير أن حجتها تختلف حسب خصمه كان تاجرا أم غير تاجر .

الدعوى بين تاجرين [1]

إذا كانت الدعوى قائمة بين تاجرين، ومتعلقة بأمور التجارة فإن المشرع أجاز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية. وهذا ما ورد في المادة 13 من القانون التجاري .كما يجوز للقاضي استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع ولتطبيق هذا المبدأ لا بد من توفر الشروط التالية :

-أن يكون النزاع قائما بين تاجرين
- أن يكون النزاع متعلقا بعمل تجاري بالنسبة لكل من الطرفين
-أن تكون دفاتر التاجر منتظمة أما غير المنتظمة فلا تقبل كحجة إثبات لصالحه، بل تعتبر قرينة ضده مع الإشارة إلى عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس (المادة 14) من ق.ت.ج

[1] -د/ رزق الله أنطاكي ود/ نهاد السباعي : الوسيط في الحقوق التجارية البرية -مرجع سابق -ص 180.

الدعوى بين التاجر وغير التاجر

فالأصل لا تعطي دفاتر التاجر أية قوة إثبات ضد خصمه ذلك وفقا للقاعدة القائلة بأنه لا يجوز للإنسان أن يصنع دليلا لنفسه خاصة وأن الخصم غير تاجر باعتباره لا يملك دفاتر تجارية من أجل مقابلة القيود. غير أن القاضي يستطيع أن يستند على هذه الدفاتر ويعتبرها بداية ثبوت. كما يجوز للقاضي أن يكملها بتوجيه اليمين المتممة وهذا ما ورد في المادة 18 من القانون التجاري والمادة 330 فقرة 1من القانون المدني. لكن يجب توفر الشروط التالية :

-يجب أن يكون محل الالتزام عبارة عن توريد .

-يجب أن لا تزيد قيمة هذه البضائع عن 1000دج كما وردت في المادة 333 من القانون المدني .

-الاعتداد بالدفاتر في الإثبات وتكملته بتوجيه اليمين هو أمر جواز للقاضي لا للخصم، فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين أو يطلب من القاضي بتوجيهها .

-لا يجوز للقاضي أن يكمل دليلا المستخلص في دفتر التاجر إلا بطريقة واحدة هي توجيه اليمين المتممة. فلا يجوز له أن يكمل دليل عن طريق الشهود المادة 18 من القانون التجاري الجزائري.

ثانيا : تقديم الدفاتر إلى القضاء :لاستعمال الدفاتر التجارية كوسيلة في الإثبات لابد من تقديم هذه الدفاتر للاطلاع على ما تحتويه من معلومات. وقد فرق القانون التجاري بين الاطلاع الكلي والاطلاع الجزئي على أنه سواء قدمت الدفاتر للاطلاع الكلي أو الجزئي، فلا بد أن يصدر القرار بالتقديم عن طريق المحكمة ويكون لهذا القرار الصفة الإعدادية أي يجوز للمحكمة في أي وقت أرادت الرجوع عنه .ولا تجبر المحكمة على إعطاء القرار بتقديم الدفاتر، بل هي مخيرة بذلك وقرارها في هذا الشأن مستمد من ملابسات القضية [1] .

الاطلاع الكلي للدفاتر La communication:اختلف الفقه والاجتهاد في تعريف الاطلاع الكلي ، فبينما يرى الفقه بأن الاطلاع الكلي هو عبارة عن تسليم التاجر دفاتره ، سواء لخصمه أو للمحكمة ، وجواز تحري مضمونها بكامله، أجمع الاجتهاد على القول أن الاطلاع الكلي ينحصر بتسليم الدفاتر ليد الخصم فقط.أما في الحالات الأخرى فالاطلاع يكون جزئيا .فإذا قررت المحكمة مثلا تسليم دفاتر التاجر إلى المحكمة لكي تطلع عليها بنفسها أو بواسطة خبير تعينه يكون الاطلاع جزئيا لا كليا لأن ذلك يؤدي إلى كشف أسرار التاجر لذا لم يجزه القانون

[1] -ينتقد الدكتور محسن شفيق القضاء الذي يعتبر رفض التاجر تقديم دفاتره التجارية اعترافا منه بالدين في جميع الأحوال فيقول قد يرفض التاجر تقديم دفاتره لعلل خشية تقديمها إذ قد تحتوي الدفاتر على أسرار يضمن بها ويأبى إذاعتها ولذا يفضل أن يترك لتقدير المحكمة تفاديا من السير على قواعد جامدة قد لا تنسجم والواقع أحيانا).المرجع د/ محسن شفيق : القانون التجاري المصري -مرجع سابق -ص 146.

إلا في حالات معينة على سبيل الحصر حددها المادة 15 من القانون التجاري الجزائري وهي قضايا الإرث وقسمة الشركة وحالة الإفلاس .

قضايا الإرث: يعتبر الورثة مالكين على الشيوع لدفاتر المتوفى ويجوز لهم وبالتالي الاطلاع الكلي عليها لمعرفة حصتهم من الشركة (وارث أو موصى له) أن يطلب من المحكمة الاطلاع على الدفاتر التجارية حتى يستطيع معرفة حقوقه في التركة .

قسمة الشركة: في حالة انقضاء الشركة ودخولها دور التصفية يجوز لكل شريك طلب الاطلاع على الدفاتر التجارية التي للشركة حتى يستطيع مراجعتها ليتحقق ويطمئن على نصيبه في التصفية .

حالة الإفلاس : يحق لوكيل التفليسة الذي عينته المحكمة الحق في الاطلاع على دفاتر المفلس ليتمكن من تنظيم ميزانية المفلس ومعرفة ماله وما عليه .

الاطلاع الجزئي :إذا كان الاطلاع الكلي من الأمور الاستثنائية التي لا يجوز للمحاكم أن تقررها في غير الحالات المعنية حصرا في القانون ، فالاطلاع الجزئي على دفاتر التجار هو من الأمور العادية التي لم يحدد القانون تطبيقها. ويتضح من خلال المادة 16 من القانون التجاري بأنه يتم تقديم الاطلاع الجزئي بإبراز الدفاتر إلى المحكمة أو إلى خبير متخصص لاستخراج البيانات الخاصة بالتراع .فلا يجوز إذا السماح لخصم التاجر بالكشف على دفاتر التاجر بكاملها بحجة أن المحكمة أجازت الاطلاع الجزئي، كما لا يجوز للخبير أن يتحرى في هذه الدفاتر عن أمور لا تتعلق بالموضوع .

إذا كانت الدفاتر المطلوبة في مكان بعيد عن مركز المحكمة المختصة بنظر التراع أجاز المشرع للقاضي أن يوجه إنابة قضائية للمحكمة التي توجد بها الدفاتر أو يعين قاضيا للاطلاع عليها وتحرير محضر بمحتواها وإرسالها إلى المحكمة المختصة بالدعوى (المادة 17) من القانون التجاري.

المطلب الثاني: القيد في السجل التجاري

السجل التجاري هو عبارة عن دفتر تفرد فيه لكل تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا صفحة يدون فيها البيانات الخاصة بهؤلاء الأشخاص ونشاطهم التجاري تحت رقابة وإشراف الدولة .

نشأة السجل التجاري :يرجع ظهور أول نظام للسجل التجاري إلى القرن 13 في المدن الإيطالية كانت طائفة تجار تعد قوائم بأسماء التجار الراغبين في القيد فيها وإعطاء البيانات عن تجارهم. وكان الغرض من هذه القوائم تنظيم شؤونهم الإدارية تشبه نقابة التجار. وبعدها تطور ليصبح أداة لاستعلام عن التاجر دون الحاجة إلى رضى التاجر مع بقاء دورها الإداري، ثم تبنّتها التشريعات العالمية الأخرى منقسمة إلى اتجاهين هما الاتجاه الفرنسي والاتجاه الألماني .

نظام السجل التجاري في ألمانيا حيث تعتبر من أوائل الدول التي أخذت بنظام السجل التجاري سنة 1861 ثم تقنن سنة 1897. وأوكلت مهمة القيد إلى السلطة القضائية. وترتب على القيد في السجل التجاري الألماني آثار قانونية هامة، إن القيد في السجل التجاري شرط لاكتساب صفة التاجر حيث يعتبر القيد قرينة قاطعة .

التشريع الفرنسي : لقد مرّ بعدة مراحل صدر أول قانون للسجل التجاري في فرنسا في 18 مارس 1919 وأهم ما تميز به كان اختياريا، وبعد ذلك صدرت عدة قوانين جعلت من القيد التزما قانونيا وترتب عليه بعض الآثار مثل قانون سنة 1923 - 1924 وعدل سنة 1953 ويعتبر القيد بالسجل التجاري مجرد إجراء إداري وإحصائي لا إشهاري، ويجعل من القيد قرينة بسيطة لاكتساب صفة التاجر [1].

التشريع الجزائري :بقي القانون الجزائري يأخذ بالقانون الفرنسي بشأن القيد التجاري إلى حين صدور القانون التجاري الجزائري سنة 1975 وحتى بعد صدور هذا القانون فلم يعاد تنظيم السجل التجاري إلا بمرسوم 79-15 المؤرخ 1979/1/25 المتعلق بتنظيم السجل التجاري. أخذ المشرع الجزائري موقفا وسطا بين الوظيفة الإدارية والوظيفة الإشهارية للقيد في السجل التجاري. فقد كان ما بين 1962 حتى 1979 عبارة عن ترخيص إداري يقدم من طرف مصالح القيد بالسجل التجاري وكان كاتب الضبط في المحكمة هو المكلف بهذه الإجراءات تحت إشراف وزارة العدل ،إلى أن جاء قانون السجل التجاري لعام 1983 المادة 6 للتكليف بمراقبة السجل التجاري .كما حدث تعديل سنة 1990 ورتب على عملية القيد الإشهار القانوني، وهذا ما نصت عليه المادة 19 (التسجيل في السجل التجاري عقد رسمي يثبت كامل الأهلية القانونية لممارسة التجارة ويترتب عليه الإشهار القانوني الإجباري) كما صدر المرسوم التنفيذي رقم 97-39 سنة 1997 ويتعلق بمدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيد في السجل التجاري، حيث أخضع رقابة السجل التجاري تحت إشراف وزارة التجارة وهذا بناء على ما وردت في المواد (5-6-7) من المرسوم .

الفرع الأول الملتزمون بالقيد في السجل التجاري

تناول التقنين التجاري الجزائري في المادتين 19 و20 الأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري. ونصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 1997/1/18 والمتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها

-كل تاجر شخص طبيعي أو معنوي ...

-كل مؤسسة تجارية مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أي مؤسسة أخرى .

---

[1] -د/سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري -مرجع سابق -ص 163.

-كل ممثلة تجارية أو وكالة تجارية تابعة للدول أو الجماعات أو المؤسسات العمومية الأجنبية التي تمارس نشاطا على التراب الوطني .

-كل مؤسسة حرفية وكل مؤدي خدمات سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا .

-كل مستأجر مسير محلا تجاريا

-كل شخص معنوي تجاري .

يتضح من هذه النصوص أن الملتزم بالقيد في السجل التجاري هو كل تاجر فردا كان أو شخصا معنويا وسواء كان جزائريا أو أجنبيا بشرط أن يكون له في الجزائر محلا رئيسيا أو مركزا عاما للشركة أو فرعا أو وكالة ،وعلى ذلك فإنه يجب أن يتوفر على الملتزم بالقيد شرطين : الأول أن يكون تاجرا والثاني ممارسة النشاط التجاري على التراب الجزائري

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على القيد في السجل التجاري وعدم القيد

أولا: القيد في السجل التجاري طبقا لأحكام القانون الجزائري يترتب عليه نتائج هامة

1 - اكتساب صفة التاجر :يتبين من نص المادة 21 ق.ت.ج أن كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل يعد مكتسبا صفة التاجر ويعد القيد قرينة قانونية .

2- اكتساب الشركة الشخصية المعنوية : يؤدي القيد في السجل التجاري إلى ميلاد الشركة ونشوء شخصيتها المعنوية وتمتعها بالأهلية القانونية .

وتنص المادة 549 ق.ت.ج بأن (لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة ،بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة. فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها.)

3- يرتب القيد الإشهار القانوني الإجباري بحيث يكون للغير الاطلاع على وضعية التاجر ومركز مؤسسته وملكية المحل ونوع النشاط الذي يمارسه. أما بالنسبة للشركات التجارية فيتمثل الإشهار إجباريا وهذا مشار إليه في المادة 548 ق. ت.ج بهدف تمكين الغير من الاطلاع على محتوى العقود التأسيسية والتحويلات أو التعديلات التي أجريت على رأس المال والتصرفات القانونية التي أجريت على المحل من بيع أو رهن ...... إلخ .

4- الوظيفية الإحصائية: يعتبر السجل التجاري أداة لجميع البيانات الإحصائية عن المشاريع التجارية ، فبواسطتها يمكن معرفة عدد المشاريع التجارية الفردية أو الجماعية سواء كانوا تجارا طبيعيين أو شركات معنوية . وعند إجراء القيد يسلم للتاجر سجل يحتوي على رقم التسجيل ، فالمادة 16 من قانون السجل التجاري لعام 1990 تنص على ما يلي (لا يسلم إلا سجل تجاري واحد مدة حياة الشركة للشخص المعنوي، كما أنه لا يسلم إلا سجل تجاري واحد لأي شخص طبيعي) .كما أن رقم السجل التجاري يجب أن يذكر في جميع المستندات الخاصة بالتاجر وبتجارته وهذا ما تقضي به المادة 27 من ق.ت.ج يجب على كل شخص طبيعي أو

معنوي مسجل أن يذكر في عنوان فواتيره أو طلباته أو نشرات الدعاية أو على كل المراسلات خاصة بمؤسسته والموقعة منه ،أو باسمه، مقر المحكمة التي وقع فيها التسجيل بصفة أصيلة ورقم التسجيل الذي حصل عليه. وكل مخالفة لهذه الأحكام يعاقب عنها بغرامة قدرها 180 د.ج إلى 360 د.ج .

ثانيا:آثار عدم القيد في السجل التجاري : إن كل من يزاول النشاط التجاري في خلال شهرين من تاريخ بدء نشاطه يلتزم بالقيد، فإن لم يفعل خلال هذه الفترة يحظر من التمسك بصفته كتاجر في مواجهة الغير، أي تسقط عنه الحقوق التي يتمتع بها التجار. بينما المسؤوليات والواجبات الملازمة لهذه الصفة يتحملها التاجر وهذا جزاء لإخلاله بالتزام للقيد في السجل التجاري أي بمعنى (يتحمل الأعباء ولا يستفيد من المزايا) وهذا ما أشارت إليه المادة 22 من ق.ت.ج

العقوبات: رتب القانون السجل التجاري لعام 1990 في المادة 26 عقوبات على عدم القيد تتمثل في غرامة مالية تتراوح من 5000د.ج إلى 20000د.ج وفي حالة العود تتضاعف الغرامة المالية مع اقترانها بإجراء الحبس لمدة تتراوح بين عشرة أيام وستة أشهر. وكما يعاقب القانون كل من يزيف أو يزور شهادات التسجيل في السجل التجاري أو أية وثيقة تتعلق به قصد اكتساب حق أو صفة، بالحبس مدة تتراوح بين ستة أشهر وثلاثة سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 10000 دج و30000د.ج .وهذا ما ورد في المادة 28 من قانون السجل التجاري لعام 1990 .

إذ فإن مخالفة التاجر للالتزام بالقيد في السجل التجاري يترتب عليه جزاءات صارمة ويرجع هذا لأهمية القيد الذي يرمي إلى إعلام الغير ودعم الائتمان والثقة في الميدان التجاري

الفصل الثالث

المحل التجاري

نشأة فكرة المحل التجاري :

لقد استعملت عبارة المحل التجاري منذ العصور القديمة، وكان يقصد بها المكان الذي تمارس فيه التجارة، وتعرض فيه السلع، ويستقبل فيه العملاء، حيث كانت النظرة للمحل التجاري نظرة مادية بحتة .أما عن العنصر المعنوي للمحل التجاري، فلم تُلمس أهميتها إلا في الوقت متأخر وذلك لسببين: أولهما سبب اجتماعي وهو الاعتقاد الذي ساد بين التجار لحقبة طويلة من الزمن أن قيمة المحل التجاري مرتبطة تماما بشخص صاحبه .أما السبب الثاني فهو تأخر ظهور الاختراعات الحديثة، التي شكلت جانبا منها العناصر المعنوية للمحل التجاري كالعلامات التجارية والنماذج الصناعية .فلما ازدهرت التجارة بتطور وسائل المواصلات

والاختراعات الحديثة، ظهرت أهمية العناصر المعنوية وخاصة عنصر الاتصال بالعملاء، والاسم والعنوان التجاري والسمعة التجارية [1].

المبحث الأول
مفهوم المحل التجاري وطبيعته القانونية وعناصر تكوينه

اصطلاح المحل التجاري لا يعني المكان الذي يمارس فيه التاجر أعماله التجارية أو البضائع الموجودة بداخل المحل أو الأثاث الموجودة به، بل يقصد به فكرة معنوية تنطوي تحتها مجموعة الأموال المخصصة لغرض الاستغلال وهذه الأموال لا تكون إلا منقولة معنوية كانت أو مادية وهي مستقلة استقلالا تاما من مفردات هذه الأموال.

المطلب الأول: مفهوم المحل التجاري وطبيعته القانونية

إن فكرة اعتبار المحل التجاري مالا معنويا مستقلا عن العناصر التي يتكون منها فكرة حديثة لم تستقر تشريعيا إلا في غضون القرن العشرين .

أفرد المشرع الجزائري الكتاب الثاني من القانون التجاري الصادر بأمر رقم 59 لسنة 1975 للمحل التجاري المواد من 78 إلى 214 وتناول في الباب الأول منه بيع المحل التجاري ورهنه وفي الباب الثاني منه تناول إيجار المحل التجاري.

الفرع الأول: مفهوم المحل التجاري

لم يعرف القانون ولا القضاء المحل التجاري حتى الفقه لم يعرفه تعريفا جامعا مانعا. فقد عرفه الأستاذ Robert (بأنه ملكية غير مادية تتألف من حق التاجر على الزبائن المرتبطين بمحله بالعناصر اللازمة لاستثمار هذا المحل) .

أما الأستاذ أوسكار فلم يأت بتعريف للمحل التجاري بل اكتفى بالقول أن المحل التجاري (هو أداة عمل التاجر وأنه يستمد قيمته من عناصر متعددة تقسم إلى فئتين العناصر المادية والعناصر غير المادية)[2].

وبالرجوع للقانون التجاري الجزائري، لم نجد تعريفا للمحل التجاري. إلا أن المادة 78 من القانون التجاري الجزائري تنص على عناصر المحل التجاري (تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته، كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل، والاسم التجاري، والحق في الإيجار، والمعدات والآلات، والبضائع، وحق الملكية التجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك) .

---

[1] -أول قانون يتعلق بالمفهوم الحديث لفكرة المحل التجاري هو القانون المالي الفرنسي الصادر بتاريخ 1872/02/28 الذي فرض ضريبة على بيع المحلات التجارية .وقرر هذا القانون أن يكون وعاء الضريبة الثمن المقرر لسمعة المحل والملحق في إجارة والمنقولات المعدة للاستغلال التجاري .ثم صدر قانون في أول مارس 1898 لينظم قواعد شهر رهن المحلات التجارية وبتاريخ 1909/3/17 صدر قانون خاص بتنظيم بيع ورهن المحلات التجارية وقد تعدل هذا القانون عدة مرات كان آخرها القانون الصادر 1956/3/20

[2] - د/رزق الله أنطاكي : الوسيط في الحقوق التجارية البرية -مرجع سابق -ص 197.

ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعرف المحل التجاري بل عدد عناصره دون بيان طبيعته أو خصائصه القانونية. لم يتفق الفقه على تعريف محدد للعمل التجاري بل ظهرت عدة آراء
الرأي الأول : يقول بأن المحل التجاري عبارة عن كتلة من الأموال المنقولة تخصص لممارسة مهنة تجارية، وتتضمن بصفة أصيلة بعض مقومات معنوية وقد تشتمل على مقومات أخرى مادية [1].
الرأي الثاني : يعرف المحل التجاري بأنه مجموع أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة مهنة تجارية وقد يسمى بالمتجر أو المصنع بحسب ما إذا كان مخصصا لمزاولة التجارة بالمعنى الضيق أو لمزاولة الصناعة ويسمى أيضا بالمنشأة في تطبيق قوانين الضرائب والعمل .
الرأي الثالث : بأنه مجموعة من الأموال المنقولة مادية أو معنوية تآلفت ورتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على العملاء [2]
وهناك رأي رابع: اقتصر المحل التجاري على عنصر الاتصال بالعملاء واعتبره كافيا لتكوين المحل التجاري وعلى ضوء هذا التعريف نستطيع القول بأن المحل التجاري بأنه مال منقول معنوي يتركب من مجموعة عناصر منقولة وذي صفة تجارية

خصائص المحل التجاري:

المحل التجاري مال منقول : العناصر التي يتألف منها المحل التجاري المادية والمعنوية هي أموال منقولة وتسرى عليها الأحكام القانونية الخاصة بالمنقول وعلى سبيل المثال إذ أوصى تاجر لآخر بجميع أمواله المنقولة فإن محله التجاري يدخل فيها .
المحل التجاري مال معنوي : وباعتباره مالا منقولا فإنه لا يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالمنقول المادي فمثلا قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا تنطبق على المحل التجاري إذ أنها خاصة بالمنقولات المادية التي يمكن حيازتها . فإذا حدث بيع المحل التجاري مرتين متتاليتين لشخصين عن حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن صدر إليه البيع الأول بغض النظر عن من تسلم المحل التجاري قبل الآخر.وهذا بخلاف الحال فيما لو كان محل البيع منقولا ماديا فإن العبرة تكون عندئذ بالحيازة الفعلية ولها الأسبقية عن غيرها .
الصفة التجارية للمحل التجاري: لكي يعتبر المحل تجاريا يجب أن يكون استغلاله ونشاطه لأغراض تجارية. فإذا كان استغلال المحل لأغراض مدنية فإنه لا يعتبر محلا تجاريا ولو كان له عملاء لذلك لا تعتبر مكاتب المحامين والأطباء محلات تجارية .

---

[1] -د محسن شفيق : القانون التجاري المصري -مرجع سابق -ص 275.

[2] -د/علي يونس : القانون التجاري -دار الفكر العربي القاهرة 1979- ص 284.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحل التجاري

نظرا للطبيعة القانونية للمحل التجاري المتميزة وضع المشرع الجزائري المواد من 78 إلى 214 أحكاما خاصة لكل عنصر ومن هذه الأحكام أن المشرع اشترط لبيع المحل التجاري أحكاما خاصة لا يشترط اتباعها لو تم بيع كل عنصر على انفراد. وأجاز المشرع أيضا رهنه بقواعد خاصة رغم صفته المنقولة بغير نقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن. لذلك اجتهد الفقهاء لوضع طبيعة قانونية للمحل التجاري .وتعددت هذه النظريات

نظرية المجموع القانوني أو الذمة المستقلة: (نادى بها الفقهاء الألمان) المحل التجاري عبارة عن ذمة مالية مستقلة متميزة عن الذمة المالية العامة للتاجر. غير أن الأخذ بهذه النظرية يتعارض مع التشريعات التي تقوم على مبدأ وحدة الذمة المالية باعتبارها وحدة واحدة تضمن حقوق جميع التزاماتها . ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري (الذي يقرر قاعدة أن أموال المدين جميعها تكون ضامنة للوفاء بديونه) المادة 188 من القانون المدني الجزائري .

نظرية المجموع الواقعي أو الفعلي : يعتبر المحل التجاري مجموعا واقعيا من الأموال تآلفت لتحقيق غرض مشترك هو استغلال واستثمار المحل التجاري مع احتفاظ كل عنصر بطبيعته وخصائصه المتميزة عن العناصر الأخرى التي يتكون منها المحل التجاري ويترتب على ذلك أن المحل التجاري يجوز أن يكون محلا لتصرفات قانونية خاصة كالبيع أو الرهن ولا يعتبر المحل التجاري في هذا الرأي ذمة منفصلة عن ذمة صاحبه .

نظرية الملكية المعنوية : العناصر المكونة للمحل التجاري لا تفقد خصائصها لمجرد اشتراكها في تكوينه، بل يظل لكل عنصر منها ذاتية مستقلة وطبيعته الخاصة ،ويخضع للنظام القانوني الخاص به، ويجوز التصرف في بعض هذه العناصر دون البعض الآخر على الرغم من دخولها في تكوين المحل التجاري .وعلى هذا فإن المحل التجاري لا يمكن أن يكون إلا ملكية معنوية تتمثل في الاتصال بالعملاء [1].

مطلب الثاني: عناصر تكوين المحل التجاري

الفرع الأول: العناصر المادية

أشارت المادة 78 من القانون التجاري الجزائري إلى عناصر المحل التجاري المادية والمعنوية

1) المعدات والآلات : يقصد بالمعدات والآلات تلك المنقولات المادية التي تستعمل في استغلال التجاري دون أن تكون معدة للبيع كالمكاتب والمقاعد والخزائن والآلات الكاتبة والحاسبة [2].

2) البضائع : يقصد بالبضائع المنقولات المعدة للبيع سواء كانت كاملة الصنع أم نصف مصنعة

الفرع الثاني: العناصر المعنوية

---

[1] --د/ مصطفى كمال طه : القانون التجاري اللبناني –دار النهضة العربية للطباعة والنشر القاهرة 1969 - ص 516.

[2] --د/ علي يونس : القانون التجاري –مرجع سابق –ص 311.

هي جوهر المحل التجاري وأساس فكرته القانونية. وقد عددت المادة 78 من القانون التجاري أهميتها غير أنه ليس بالضرورة أن تتوفر في المحل التجاري جميع العناصر المعنوية فيما عدا عنصر الاتصال بالعملاء حيث يلزم توافره في المحلات التجارية .

1) الاتصال بالعملاء : يقصد بالعملاء الزبائن مجموع الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجاري وكلما زاد عدد العملاء زادت أرباح المحل التجاري واتسعت دائرة نشاطه .

2)الاسم التجاري : يقصد بالاسم التجاري التسمية التي يستعملها التاجر لإظهار تجارته إلى الغير وليس من الضروري أن يكون الاسم التجاري هو نفس الاسم الذي يحمله التاجر مما يدعو إلى التفريق بين الاسم التجاري والاسم المدني . الاسم التجاري لا يشكل بحد ذاته عنصرا قابلا للتقويم بالمال ولا يجوز فصله عن المحل التجاري بمعنى لا يجوز بيع الاسم التجاري وحده، بل لابد من نقل ملكيتها تبعا للعمل التجاري .وكذلك الحال في الشركات التجارية فيكون لها اسم تجاري إما أن يكون مشتقا من اسم الشركاء أو يشتق من غرض الشركة ذاتها أو أي اسم يميزها عن غيرها .

3) السمعة التجارية و الشهرة : يقصد بالشهرة التجارية قدرة المحل على اجتذاب العملاء بسبب ميزة خاصة به كالموقع الحسن وفخامة المظهر ودقة التنظيم وجمال العرض. ويتضح من هذا المفهوم للشهرة أنها صفات لصيقة بالمحل التجاري بحد ذاته.والسمعة التجارية نابعة من تعامل الشخص مع عملائه أي لصيقة بالمعاملة الحسنة من قبل التاجر.

4) الحق في الإيجار : يعد من أهم عناصر المحل التجاري في الحالات التي يكون فيها التاجر مستأجرا للمكان الذي يزاول فيه تجارته ويقصد به حق التاجر في البقاء بالعقار الذي يباشر فيه تجارة ، والتنازل عن هذا الحق للغير في حالة تصرفه في المحل التجاري (أي البيع أو الكراء) وقد نظم المشرع الجزائري أحكام إيجار المحل التجاري في المواد 169 إلى 214 من القانون التجاري .

قرار المحكمة العليا رقم 138806 بتاريخ 1996/7/9 قضية : (م أ) ضد (ك ر) إثبات علاقة الإيجار - الرسمية - التواجد الفعلي بالمحل - نقض .(المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج)

من المقرر قانونا أنه زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية في شكل رسمي .

ولما ثبت أن قضاة الموضوع لم يطبقوا المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج ، بل اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على تواجد الطاعن فعليا بالمحل المتنازع عليه فإنهم قد خرقوا القانون مما يعرض قرارهم للنقض .

5) حقوق الملكية الصناعية : يقصد بها تلك الحقوق التي تكون للتاجر في احتكار استغلال أموال معنوية يمتلكها لمباشرة نشاطه التجاري كالحق في استغلال الاختراعات، والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات، والبيانات التجارية والصناعية وتخضع هذه الحقوق لنظام قانوني خاص .

6) الاختراعات والابتكارات : يقصد به كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي وتمنح الدولة للمخترع أو المبتكر شهادة تسمى براءة الاختراع تخوله الحق في احتكار استغلال اختراعه والإفادة به .

7) الرسوم والنماذج الصناعية : يقصد به كل ترتيب للخطوط أو شكل جسم بألوان أو بغير ألوان لاستخدامه في الإنتاج الصناعي بوسيلة آلية أو يدوية أو كيميائية ومثال على ذلك الرسوم على الأقمشة أو المنتجات المعدنية لتمييز السلع المرسوم عليها عن غيرها كزجاجات الكوكا كولا أو حمود بوعلام .

8) العلامات التجارية أو الصناعية : وهي تلك التي يتخذها الصانع أو التاجر شعارا لمنتجاته تمييزا لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة وذلك حتى يمكن للمستهلك معرفة حقيقية لسلعة دون لبس أو غموض .

9) حقوق الملكية الأدبية والفنية : وهي حقوق المؤلفين والفنانين على إنتاجهم ومصنفاتهم الأدبية والفنية والعلمية وقد تكون من أهم عناصر المحل التجاري عندما يكون النشاط دار للتأليف أو للنشر

المبحث الثاني

أحكام التصرفات الواردة على المحل التجاري

من أهم التصرفات التي ترد على المحل التجاري الحق في تجديد الإيجار وبيع المحل والرهن

المطلب الأول : رفض تجديد إيجار المحل التجاري قبل تعديل 2005

أدرج المشرع حق الإيجار في المادة 78 من ق.ت.ج ضمن العناصر المعنوية. ويقصد به حق التاجر في البقاء بالعقار الذي يباشر فيه التجارة، والتنازل عن هذا الحق للغير في حالة تصرفه في المحل التجاري

مفهوم حق الإيجار : هي تلك الملكية القانونية التي تمكن التاجر المستأجر من إلزام المؤجر تجديد الإيجار بعد انتهاء أجله، وإذا امتنع المؤجر وأراد استرجاع العقار المؤجر، عليه أن يدفع التعويض الاستحقاقي كما أشارت إليه المادة 176 من ق.ت.ج [1]

[1] - قرار عن المجلس الأعلى رقم 47824 بتاريخ 1988/3/20 قرار متعلق بالإيجار المدني عقد الإيجار ينتقل إلى الورثة تلقائيا –حق الإيجار اعتمد المجلس على المادتين 510 و515 ق.م.ج لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطالبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثه أصبحت أعباء العقد أثقل مما تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم. وفي

قرار المحكمة العليا تحت رقم 107969 بتاريخ 1993/5/10 قضية (ع ع) ضد (ب ر ومن معها) علاقة الإيجار - إثباتها - بالسجل التجاري ومستخلص الضرائب - طول مدة الاستغلال - رفض. (اجتهاد قضائي)

من المستقر عليه قضاء أن الإيجار يثبت بعقد رسمي أو عقد عرفي أو بإيصالات الايجار ولما تبين - في قضية الحال - أن الطاعن لم يثبت صفته كمستأجر سواء بعقد إيجار مكتوب أو وصولات الإيجار مكتفيا بإثبات تسجيله بالسجل التجاري وتسديد الضرائب ، فإن هذه الوثائق لا تثبت علاقة الإيجار ، كما أن طول مدة الاستغلال لا تشكل كذلك دليل على وجود عقد الإيجار .

ولما قضى قضاة المجلس بطرد الطاعن من المحل المتنازع عليه فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما .

الطبيعة القانونية : حق الإيجار له بعض الخصوصيات الذي يجعله أشبه بحق خاص يتمثل في الانتفاع من العين المؤجرة خلال ممارسته للنشاط التجاري

الفرع الأول: التنبيه بالإخلاء

يستطيع المستأجر أن يقدم طلبا في تجديد الإيجار، إما قبل انتهاء مدة العقد بستة أشهر أو أثناء سريان التجديد الضمني أو بعد انتهاء المدة القانونية لعقد الإيجار .

وفي جميع هذه الحالات طلب التجديد جائز ما لم يكن قد أعلن المؤجر عن رغبته بالرفض، وأن سكوت الأطراف على عدم التنبيه بالإخلاء بعد انتهاء مدة العقد يدل على التجديد الضمني للعقد. فالتجديد الضمني يحول العقد إلى عقد غير محدد المدة .

كما يستطيع المؤجر طلب الإخلاء قبل ستة أشهر من انتهاء العقد أو أثناء سريان التجديد الضمني (المادتين 173-174) من القانون التجاري الجزائري .

شروط التنبيه بالإخلاء :

1 -أن يكون هناك محل تجاري حسب المادة 172 .

2 -مرور سنتين على الاستغلال المحل التجاري متتابعتين وفقا لإيجار واحد أو أكثر متتالية

3 -أربعة سنوات إذا كان عقد الإيجار شفهي .

4 -التنبيه بالإخلاء يجب أن يكون قبل ستة أشهر على الأقل وهناك شروط شكلية يتعين ذكرها وإلا وقع تحت طائلة البطلان وهذه الشروط هي :

- تحديد هوية المؤجر يذكر اسمه ولقبه وعنوانه وصفته هل هو مالك للعقار أو وكيل عنه أو من ورثة .

ملاحظة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 477 وأن يكون طلب فسخ العقد في ظرف ستة أشهر على الأكثر من وقت مرت مستأجر .

- تحديد صفة المستأجر ذكر اسمه ولقبه وعنوانه وصفته .
- ذكر أجل ستة أشهر مع بيان تاريخ البداية وتاريخ النهاية دون الالتزام بدوريات خاصة في توجيه التنبيه بالإخلاء الواردة في المادة 475 من القانون المدني الجزائري .
- ذكر أسباب رفض التجديد :التزام المؤجر بذكر أسباب رفض التجديد، كما هو منصوص عليها في المادة 173 الفقرة الخامسة من القانون التجاري الجزائري إلا أن المحكمة العليا لها موقف آخر وهو الاكتفاء بعرض التعويض الاستحقاقي دون ذكر الأسباب وقد تبنت ذلك في عدة أحكام لها. والتعويض الاستحقاقي يكون نتيجة لرفض تجديد الإيجار .
- يجب أن يتم التنبيه عن طريق محضر قضائي الذي يتعين ذكر هويته .
- ذكر فحوى النص المادة 194 والمادة 173 .
وقد خول القانون للمؤجر التنبيه بالإخلاء لمدة ستة أشهر واللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة بالقضايا الإستعجالية، ويتعين خبير من أجل تحديد التعويض الاستحقاقي وهذا عندما يكون المستأجر موافقا على التعويض الاستحقاقي وهذا بعد مرور 3 أشهر من مدة التنبيه بالإخلاء المادة 194 من ق.ت.ج .

قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 140926 بتاريخ 1996/03/26 قضية (أرملة ب ومن معها) ضد (ورثة ب ه) التنبيه بالإخلاء - تأسيسه على سببين متناقضي - عدم جواز ذلك - البطلان . (المواد 173-176-177-ق.ت.ج)

من المقرر قانونا (لا ينتهي إيجار المحلات الخاصة بهذه الأحكام إلا بأثر تنبيه بالإخلاء حسبما جرت عليه العادات المحلية وفي مدة ستة أشهر قبل الآجال على الأقل ... ويجب أن يتم التنبيه بالإخلاء بعقد غير قضائي وأن تبين فيه الأسباب التي أدت إلى توجيهها مع إعادة ذكر مضمون المادة 194 وإلا اعتبر باطلا) .

ولما أسس المطعون ضده التنبيه بالإخلاء على سببين إثنين أولهما غلق المحل التجاري خرقا لأحكام المادة 177 ق.ت .ج وثانيهما عرض تعويض استحقاقي وفقا لأحكام المادة 186 ق.ت.ج فإن هذه السببين متناقضين ولا يمكن الاعتماد عليهما معا لطلب إخلاء القاعدة التجارية ، ولما صادق قضاء الاستئناف على التنبيه بالإخلاء على أساس أن المستأجرين لم يمارسوا نشاطا تجاريا في المحل موضوع النزاع ولم يناقشوا صحته فيما يخص استعداد المؤجرين لدفع التعويض الاستحقاقي ، فإنهم صادقوا عندئذ على التنبيه بالإخلاء مشوب بالبطلان مما يستوجب نقض القرار

الفرع الثاني: التعويض الاستحقاقي

مفهومه : لقد تعرضت المادة 176 من القانون التجاري للتعويض الاستحقاقي. وهو التعويض الذي يأخذه المستأجر نتيجة رفض المؤجر تجديد الإيجار ويجب أن يكون مساويا للضرر الذي

قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 110146 بتاريخ 1994/01/17 قضية (ب ع) ضد (م م) رفض تجديد الإيجار - عرض التعويض الاستحقاقي - المصادقة على التنبيه بالإخلاء- رفض .

(المادة 176) ق.ت.ج.

من المقرر قانونا أنه يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد للايجار ، غير أنه ينبغي عليه - فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها قانونا -تسديد التعويض للمستأجر المخلي ، والمسمى بتعويض الاستحقاق ، المساوي للضرر الناتج عن رفض التجديد .

ولما ثبت- من القرار المطعون فيه- أنه عرض التعويض عن الإخلاء فإن ذلك يعدد تسبيبا كافيا للمصادقة على التنبيه بالإخلاء ، وعليه ، فالدفع المثار في غير محله ويستوجب رفض الطعن .

الفرع الثالث : أحكام عقد الإيجار بعد تعديل 2005

عقد الإيجار هو عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بعين المؤجرة لمدة معينة يتفق عليها الأطراف بكل حرية مقابل أجر معلوم . ومن مميزاته أنه من عقود الالتزام وهذا يجب أن يكون هناك رضا. وهو عقد معاوضة يكون عقدا محدود المدة دون أن يترتب عليه بعد فترة معينة من الزمن حق البقاء أي الرجوع إلى القواعد العامة للالتزامات (العقد شريعة المتعاقدين) أي عند انتهاء المدة الزمنية المتفق عليها، يخرج المستأجر دون توجيه التنبيه بالإخلاء ودون دفع التعويض مما يسمح بتنشيط الحركة الاقتصادية وزيادة في الثقة بين مالك العقار والمستأجر الذي يرغب في مزاولة نشاطه التجاري .

نصت المادة 187 مكرر ق.ت.ج (تحرير عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان ، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية .

يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلال ذلك .)

نستنتج من خلال ذلك أخذ عقد الإيجار الشكل الرسمي -حرية الأطراف في تحديد مدة العقد - التزام المستأجر بمغادرة الأماكن المستأجرة بانتهاء الأجل المذكور في العقد - لا يحتاج المؤجر أن يوجه تنبيه بالإخلاء المنصوص عليه في المادتين 173-174 ق.ت.ج عند انتهاء مدة العقد، ولا يحق للمستأجر عند مغادرة المكان المؤجر المطالبة بالتعويض.

إلا أن ما ورد في المادة 187 مكرر ق.ت. ج ليست من النظام العام أي أنه يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالف النص بمعنى أنه يجوز الاتفاق على أن يتم إخلاء الأماكن المستأجرة بعد

توجيه التنبيه بالإخلاء أو لا يغادر المستأجر الأماكن المستأجرة إلا بعد الحصول على التعويض الاستحقاقي وهذا راجع إلى إرادة المتعاقدين عند إبرام العقد .

أما إذا لم تذكر مثل هذه الشروط ففي هذه الحالة يطبق ما ورد في نص المادة 187 مكرر.

كما حافظ المشرع على الحقوق المكتسبة للمستأجر في ظل التشريع السابق للتعديل وهذا ما أوردته المادة 187 مكرر 1 ق.ت.ج (يبقى تجديد عقود الايجار قبل النشر المذكور أعلاه في المادة 187 مكرر خاضعة للتشريع الساري المفعول بتاريخ عقد الايجار)

المطلب الثاني: بيع المحل التجاري

بيع المحل التجاري : يخضع بيع المحل التجاري لأحكام المواد 79-إلى 117 ق.ت.ج إضافة إلى القواعد القانونية العامة في العقود بوجه عام وفي عقد البيع بوجه خاص .حيث عرف المشرع الجزائري عقد البيع في القانون المدني بنص المادة 351 (البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي)

الطبيعة القانونية لبيع المحل التجاري :

عقد تجاري يرد على مال منقول معنوي حيث نجد المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون التجاري تنص على أن كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع. وعلى ذلك فيعد شراء المحل التجاري بقصد استغلاله عملا تجاريا لأنه يتعلق باستغلال مشروع تجاري .لقد ثار خلاف في الفقه بالنسبة لشراء غير التاجر لمحل تجاري بقصد بدء مباشرة التجارة هل يعتبر عملا تجاريا أم مدنيا ؟

هناك من يقول إلى أن شراء غير تاجر للمحل التجاري يعتبر عملا مدنيا. بينما هناك رأي ثاني يعتبره عملا تجاريا باعتباره أول عمل يقوم به الشخص ومتعلقا بشؤون التجارة التي يزعم القيام به. أما في الجزائر لا يوجد مثل هذا الخلاف باعتبار المشرع حسم الأمر من خلال نص المادة 3 فقرة4 (على اعتبار العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية عملا تجاريا بحسب الشكل) .يعتبر بيع المحل التجاري عملا تجاريا حتى ولو كان البائع شخصا مدنيا كما لو كان موظفا آل آلية المحل التجاري بطريق الميراث أو الهبة أو الوصية .إذا بيع المحل التجاري عملا تجاريا أيا كان أطرافه ومهما كانت صفتهم وقت التعاقد .

الفرع الأول : انعقاد بيع المحل التجاري

يشترط لانعقاد عقد بيع المحل التجاري توفر الأركان العامة للعقد وهي الرضاء، والمحل ، والسبب والأركان الشكلية الرسمية والإشهار

أولا : الأركان الموضوعية

الرضى على ماهية العقد والبيع والثمن ويجب أن يكون الرضى صادرا عن ذي أهلية كما أن يكون خاليا من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه .

محل البيع : يرد البيع على المحل التجاري ذاته حرية تحديد العناصر التي يتألف منها المحل التجاري وتكون محلا لعقد البيع بشرط أن ينطبق على هذه العناصر وصف المحل التجاري.
ولقد اشترط المشرع في المادة 79 من قانون التجاري الجزائري أن يتضمن العقد بيانات معينة
-اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات
-رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الأخير .
-قائمة الامتيازات والرهن المترتبة على المحل التجاري .
-الأرباح التي حصل عليها خلال ثلاث سنوات الأخيرة .
-عقد الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر للمحل .
ومن خلال هذه الشروط المذكورة يستطيع المشتري التأكد من صحة ملكية البائع الحالي والتأكد من حيازته للمحل ومعرفة القيمة الحقيقية للمحل التجاري ومعرفة حجم الديون التي تقع على كاهله ومعرفة حجم الأرباح وعنصر الاتصال بالعملاء .وهذا أهم عنصر جوهري لقيمة المحل التجاري
السبب أو الغرض : يجب أن يكون الغرض من استغلال المحل التجاري مشروعا أي لا يكون مخالفا لنظام العام أو الآداب العامة وتنص المادة 96 من القانون المدني (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.)
ثانيا : الأركان الخاصة أو الشكلية إذا كان عقد البيع عملا تجاريا فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن. وحرية الإثبات في العقود التجارية نصت عليها المادة 30 ق.ت.ج وهذه قاعدة عامة على العقود التجارية. إلا أن المشرع أورد نصا خاصا بالتصرفات التي ترد على بيع المحل التجاري بنص المادة 79 التي تنص على إثبات العقد رسميا وإلاّ كان التصرف باطلا وأكثر من ذلك نصت المادة 83 من ق.ت.ج على ضرورة إشهار بيع المحل التجاري وذلك خلال 15 يوما من تاريخ البيع .وحرصا من المشرع على سلامة الإشهار أوجب تجديد الإعلان في اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر، ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوما من أول نشر.

الفرع الثاني : أثار البيع

يترتب على انعقاد بيع المحل التجاري وتسجيله وإشهاره أن تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري وهناك عناصر مختلفة تدخل في المحل التجاري كبراءة الاختراع والعلامات التجارية حيث وردت في المادة 147 ق.ت.ج من أن يتم إجراء القيد والبيانات طبقا للتشريع الساري المعمول به

أولا : التزام البائع[1]

[1] - د/ سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري -مرجع سابق -ص 372.

تتمثل التزامات البائع في تسليم المحل وضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق والتزام البائع بعدم منافسة المشتري [1].

1) التسليم : تمكين المشتري من حيازة المحل والانتفاع به، كما يلتزم بالمحافظة عليه حتى تسليمه إلى المشتري .وهذا ما نصت عليه المادة 364 ق.م.ج .أما بالنسبة لتسليم عنصر الاتصال بالعملاء، فيجب على البائع أن يطلع المشتري على كافة البيانات والمستندات التي تمكنه من سهولة الاتصال بهم .

2)التزام البائع بعدم منافسة المشتري يلتزم البائع طبقا للقواعد العامة بواجب الضمان وعدم التعرض للمشتري .فلا يجوز له أن يزاول تجارة مماثلة في دائرة نشاط المحل المباع، لأن هذه المنافسة من شأنها تحويل العملاء عن المحل المباع، وعادة ما يتضمن البيع شرطا صريحا يحظر على البائع مزاولة تجارة مماثلة .وهذا الشرط خروجا على مبدأ حرية التجارة، وحرية العمل، وهما من النظام العام فإنه لا يجوز أن يكون عاما ومطلقا وأن يكون محددا من حيث المكان والزمان على القدر الضروري لحماية المشتري

3) ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية : ترتب القواعد العامة على عاتق البائع التزاما بضمان استحقاق المبيع ،أي أنه يلتزم في مواجهة المشتري بعدم التعرض له من جانب الغير أو منه شخصيا. وهذا ما تقضي به المادة 371 ق.م.ج وكذلك المادة 379 ق.م.ج بقولها (لا يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته......) وتشير المادة 80 ق.ت.ج يكون البائع ملزما بضمان ما ينشأ عن بياناته غير الصحيحة حسب الشروط المقررة في المادتين 376-379 ق.م.ج

4) امتياز البائع : تقضي المادة 96 ق.ت.ج بأنه لا يثبت امتياز بائع المحل التجاري إلا إذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي ومقيدا في السجل التجاري وإذا لم تذكر الامتيازات بدقة في عقد البيع، فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري اسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية والمادة 97 ق.ت.ج تلزم قيد البيع في ظروف 30 يوما من تاريخ عقد البيع يحفظ القيد الامتياز لمدة عشر سنوات من تاريخ القيد ويشطب تلقائيا إذا لم يجدد (المادة 103 ق. ت. ج)

ثانيا: التزامات المشتري

-يلتزم المشتري بدفع الثمن في الزمان والمكان المتفق عليه في عقد البيع وإذا كان ثمن المحل موزعا على عناصره، فإنه يجب على حائز الثمن أن يقوم بتوزيعه في ظرف ثلاث أشهر من

---

[1] -وتنص المادة 148 من ق.ت.ج (تحدد طبقا للتنظيم المعمول به في المصاريف المستحقة للمركز الوطني للسجل التجاري لإتمام الإجراءات المنصوص عليها في القانون).

تاريخ عقد البيع. وبانقضاء هذه المهلة يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع دعوى مستعجلة أمام رئيس المحكمة التي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصها .

-دفع نفقات العقد : تنص المادة 393 ق.م.ج أوردت أن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم يكن هناك نص قانوني يقضي بغير ذلك .

--الالتزام باستلام : يلتزم المشتري باستلام المحل التجاري في الأجل المتفق عليه في العقد وإن لم يوجد في العقد وجب الرجوع إلى أحكام العرف التجاري ،فإن لم يوجد عرف وجب على المشتري باستلام المحل بمجرد انعقاد العقد

-دعوى الفسخ: إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه، يسترد إذن البائع المبيع خاليا من الحقوق المقرر لصالح الغير وشروط دعوى الفسخ وردت في المواد 109 إلى 116 ق.ت.ج

-آثار دعوى الفسخ : إذا توفرت جميع شروط الفسخ ترتب على ذلك اعتبار البيع كأن لم يكن ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد .لكن يجوز استرداد العناصر الجديدة التي أضافها المشتري للمحل بل يسترد فقط العناصر التي باعها

المطلب الثالث: رهن المحل التجاري

العبرة من الرهن الحصول على الائتمان بضمان المال المرهون سواء كان ذلك رهنا رسميا أم رهنا حيازيا . الرهن الرسمي عقد بمقتضاه يكسب به الدائن حقا عينيا على العقار لوفاء دينه 882 من القانون المدني الجزائري[1] .

ورأى المشرع الجزائري جواز رهن المحل التجاري دون أن يستوجب ذلك حيازة إلى الدائن المرتهن، حتى لا يحرم التاجر الراهن الذي حصل على الائتمان بضمان محله التجاري من استغلاله، وهذا خروجا عن القاعدة العامة في رهن المنقول.

الفرع الأول: إنشاء عقد رهن المحل التجاري

أولا : شروط إنشاء الرهن لإنشاء عقد رهن المحل التجاري يشترط توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية .

الشروط الموضوعية : عقد رهن المحل التجاري كأي عقد آخر لابد من توفر أركان العقد طبقا للقواعد العامة وهي الرضى- المحل- السبب وأن يكون الراهن مالكا للمحل التجاري المرهون .

[1] -تنص المادة 882 من القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا ، على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان)

الشروط الشكلية :تتمثل الشروط الشكلية في الرسمية أي تحرير العقد في محرر رسمي أمام الموثق وأيضا لابد من إجراء التسجيل في السجل التجاري وهذا ما أشارت إليه المادة 120 ق.ت.ج وذلك خلال 30 يوما من تاريخ العقد .ويحدد القيد مرتبة امتياز الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم وتكون للدائنين المقيدين في يوم واحد مرتبة واحدة متساوية 122 ق.ت.ج

محل رهن المحل التجاري :المادة 119 ق.ت.ج تبين العناصر التي يجوز أن يشملها الرهن وهي عنوان المحل -الاسم التجاري -الحق في الإيجار -الزبائن -الاتصال بالعملاء -براءات الاختراع- الرخص والعلامات الصناعية أو التجارية -الرسم والنماذج الصناعية وبوجه عام حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة بها .

وإذا اشتمل رهن المحل التجاري أحد عناصر الملكية الصناعية، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق. وذلك ما أوجبته المادة 143 ق.ت.ج

ونلاحظ أنه يجوز أن يرد الرهن على العناصر المعنوية والأدوات والمعدات الخاصة بتجهيز المحل التجاري، ولكن لا يجوز أن يرد على البضائع إذ تستبعد كمحل للرهن التجاري لأنها غير مذكور في المادة 119 .والحكمة من ذلك هو عدم تجميد البضائع .الأمر الذي يتنافى مع حسن استغلال المحل التجاري خلال فترة الرهن لأن البضائع قابلة للتداول[1] .

الفرع الثاني: أثار الرهن

يترتب على رهن المحل التجاري آثار بالنسبة للمدين الراهن وبالنسبة للدائن المرتهن وبالنسبة للغير .

أولا : بالنسبة للمدين الراهن

طبقا للمادة 119 فقرة 2 لا يترتب على رهن المحل التجاري أن تنقل حيازته إلى الدائن المرتهن، بل يظل المحل التجاري في حيازة المدين الراهن حتى يتمكن من الاستمرار في استغلاله.

في مقابل، وضع المشرع ضمانات لحماية الدائن المرتهن وذلك بإلزام المدين الراهن بالمحافظة على الأموال المرهونة وتفرض عليه عقوبات جنائية في حالة إقدامه على إتلافها أو اختلاسها أو إفسادها بأي طريقة تؤدي إلى نقض أو تعطيل حقوق الدائن المرتهن المادة 167 ق.ت.ج.

في حالة فسخ عقد الإيجار للمحل التجاري بالتراضي لا يصبح الفسخ نهائيا إلا بعد مرور شهر من تاريخ تبليغ ذلك إلى الدائنين المرتهنين المقيدين في المحل التجاري لكل منهم خلال هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني حسب المادة 124

---

[1] -د/ مصطفى كمال طه : القانون التجاري اللبناني -مرجع سابق -ص 527.

ملاحظة : أن المرتهن لا يمنع المدين الراهن من نقل المحل التجاري إلى مكان آخر بشرط موافقة الدائنين المرتهنين، وإلا أصبحت الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون، هذا ما نصت عليه المادة 123 ق.ت.ج

ثانيا بالنسبة للدائن المرتهن :

-رهن المحل التجاري يرتب على الدائن حق عيني عليه، يخوله الأولوية في استيفاء حقه بما قرره له القانون من امتياز على المال المرهون بالأولية على غيره من دائن التاجر الراهن بحسب مرتبة قيده .

-حق في تتبع المحل التجاري في أي يد يكون الآن المحل التجاري مال منقول لا تنطبق عليه قاعدة الحيازة في منقول سند الملكية .

التنفيذ على المحل التجاري المرهون : نصت المادة 125 ق.ت.ج وما بعد إلى 139 على إجراءات خاصة للتنفيذ على المحل التجاري عند عدم الوفاء بالدين في تاريخ استحقاقه أجازت المادة 125 لكل من الدائن والمدين أن يطلب من المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المحل التجاري بيع المحل بما فيها المعدات والبضائع التابعة له .وتقرر المحكمة بطلب من الدائن القائم بالتنفيذ أنه في حالة عدم قيام المدين بالدفع في المهلة المحددة يقع بيع المحل التجاري بناء على طلب الدائن، وذلك بعد أن ينذر مالك المحل التجاري والدائنين المقيدين في محلات الإقامة المختارة منهم في قيودهم وذلك قبل 15 يوما على الأقل من البيع .ويتم البيع بعد 10 أيام على الأقل من إلصاق الإعلانات التي تتضمن اسم الدائن المرتهن واسم مالك المحل التجاري مع مهنة كل منهما ومحل إقامتهما والحكم الصادر بالبيع ومحل الإقامة المختار بمكان المحكمة .

المطلب الرابع :إيجار تسيير المحل التجاري أو التسيير الحر

المسير الحر هو مستأجر يستغل المحل التجاري لحسابه مقابل دفع بدل الإيجار للمالك المؤجر .
أورد المشرع التجاري في الباب الثالث من المواد 203 إلى 214 وتجدر الإشارة إلى كون التسيير الحر عقدا حديثا نسبيا وما كان يظهر إلا بعد وجود فكرة ملكية المحل التجاري المتميزة عن الاستغلال . ومن أسباب ظهور هذا العقد انتقال المحل التجاري إلى الورثة القصر - وحالة تواجد مالك المحل التجاري أمام وضع يتنافى مع ممارسته للتجارة وكذلك حالات المرض- بالإضافة إلى حالة الوعد بالبيع فيتمكن الموعود له استغلال المحل الموعود ببيعه دون أن تخرج ملكية المحل من مالكها .

فكان عقد الإيجار الحر هو العلاقة القانونية الأنسب لهذه الفترة الانتقالية حتى يتمكن المسير المستأجر من إتمام البيع الموعود به .

- 1- والطبيعة القانونية للإيجار التسيير هي عقد إيجار مال منقول معنوي بمقتضاه يتنازل صاحب المحل التجاري كليا عن استغلال المحل لفائدة المستأجر المسير الذي يستغل المحل

التجاري باعتباره تاجرا لحسابه فيتحمل أخطار ونتائج الاستغلال مع دفع مقابل للمؤجر مالك المحل التجاري .

- 2- شروط التسيير الحر أو تأجير التسيير
- هناك شروط خاصة بالمؤجر طبقا للمادة 205 ق.ت.ج يجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمنحون إيجار التسيير أن يكونوا قد مارسوا التجارة أو امتهنوا الحرفة لمدة خمس سنوات ، أو مارسوا لنفس المدة أعمال مسير أو مدير تجاري أو تقني واستغلوا لمدة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير.

وهناك استثناءات على المدة أشارت إليها المادة 206 ق.ت.ج يجوز أن تلغى أو تخفض المهلة المنصوص عليها في المادة 205 بموجب أمر من رئيس المحكمة ، بناء على طلب من المعني بالأمر وبعد استماع إلى النيابة العامة ، وخاصة إذا أثبت هذا الأخير ، بأنه يتعذر عليه أن يستغل متجره شخصيا أو بواسطة مندوبين عنه .

كما استبعدت المادة 207 ق.ت.ج لا تسري المادة 205 على كل من الدولة -الولايات والبلديات والمؤسسات الاشتراكية - المؤسسات المالية- المحجوزة عليهم والمعتوهين المحجور عليهم أو الأشخاص الذين يعين لهم وصي قضائي وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري الذي كانوا يملكونه قبل فقدانهم الأهلية - الورثة والموصى لهم من تاجر أو حرفي متوفى والمستفيدين أيضا من القسمة وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري المنتقل إليهم - مؤجر المحل التجاري إذا كان تأجير التسيير يهدف أصلا إلى ضمان تصريف المنتوجات المجزءة المصنوعة أو الموزعة من طرفه بموجب عقد إيجار .

- الشروط الخاصة بالعين المؤجرة : يشترط أن يكون موضوع الإيجار محل تجاري طبقا لأحكام المادة 78 ق.ت وأن تتوفر فيه العناصر المعنوية والمادية وأن يكون المؤجر قد اكتسب حق الإيجار.
- الشروط الشكلية : اشترط المشرع بأن يكون عقد التسيير الحر يخضع للشروط الشكلية الرسمية والنشر والقيد في السجل التجاري م 203 ق.ت. كما يجب أن يذكر في جميع وثائقه ومراسلاته وفواتير وطلبات البضاعة والوثائق المصرفية وكذلك في عناوين جميع الأوراق الموضوعة من طرفه أو باسمه رقم السجل التجاري ومقر المحكمة التي سجل لديها وصفته كمستأجر مسير لمحل تجاري زيادة عن الاسم والصفة والعنوان ورقم التسجيل التجاري لمؤجر المحل التجاري م 204 ق.ت .ج
- أثار التسيير الحر : يترتب على هذا العقد إضفاء الصفة التجاري على المستأجر المسير كما يجب أن يبذل من العناية للمحافظة على المحل التجاري المستأجر ولا يجوز له أن يغير النشاط دون موافقة المؤجر ولا يجوز له أن يتوقف عن النشاط كما لا يجوز له تأجير المحل من

الباطن ويجب تسديد مستحقات المؤجر وعليه التزامات التاجر كدفع الضرائب والتأمينات ....إلخ

- أثار على مؤجر المحل : يجوز للمحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري أن تحكم حين تأجير التسيير بأن ديون مؤجر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله حالة الآداء فورا إذا رأت أن تأجير التسيير يعرض تحصيل الديون للخطر م 208 ق.ت ويجب أن ترفع الدعوى خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشر عقد التسيير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية .
- مسؤولية مؤجر المحل التجاري مسؤولية بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير وطيلة ستة اشهر من تاريخ النشر م 209 ق.ت.ج .
- أثر على المستأجر للتسيير الحر : عند انتهاء تأجير التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسير طيلة مدة التسيير وخاصة باستغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية حال الأداء فورا م 211 ق.ت.ج

قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 139696 بتاريخ 1996/02/27 قضية (ث إ) ضد (ب ز ومن معها عقد تسيير حر غير محدد المدة ـ إنهاء العقد ـ التنبيه بالإخلاء غير ضروري .

(مواد 173و 176 و203 ق.ت.ج)

من المقرر قانونا أن إنهاء عقد التسيير الحر لا يخضع لنفس أحكام إنهاء علاقة الإيجار بحيث أن التنبيه بالإخلاء في عقد التسيير الحر ليس ضروريا .

ولما ثبت ـ في قضية الحال ـ أن قضاة الاستئناف لما قضوا بأن عقد التسيير الحر للقاعدة التجارية ينتهي بموجب رسالة توجه من مالك المحل إلى المسير ودون التعويض الاستحقاقي فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما لأن التنبيه بالإخلاء المؤسس على المادتين 173 و176 من ق.ت.ج لا يكون ضروريا إلا في حالة وجود عقد إيجار مبرم وفقا لمقتضيات المواد 172 وما يليها من القانون التجاري . ومتى كان ذلك استوجب الرفض .

الإيجار من الباطن :

أشار المشرع في الباب الرابع من الفصل الثاني في المادتين 188 و 189 ق.ت.ج
يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد إيجار أو بموافقة المؤجر وعلى المستأجر أن يحيط المالك علما بنيته في التأجير من الباطن وذلك إما بعقد غير قضائي أو برسالة موصى عليها . وعلى المالك أن يخبر في ظرف 15 يوما من استلام الرسالة عما إذا كان سيشارك في العقد أم يرفض . ويجوز للمستأجر من الباطن أن يطلب تجديد الإيجار من المستأجر الأصلي في حدود الحقوق التي يتمتع بها نفسه من المالك ويدعى

المؤجر للمشاركة في العقد . وعند انقضاء مدة الإيجار لا يلزم المالك بالتجديد إلا إذا كان قد رخص صراحة أو ضمنيا بالإيجار من الباطن.

قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 77980 بتاريخ 29/9/ 1991 قضية (أ م) ضد (ف ك)

إيجار من الباطن - رفض تجديد الإيجار - تغيير النشاط - إثبات مخالفة غلق المحل - تعويض استحقاقي -(المادتان 177 و188 من ق.ت.ج.

من المقرر قانونا أنه (يجوز للمؤجر رفض تجديد الإيجار دون تعويض الاستحقاقي إلا برهن عن سبب خطير مشروع تجاه المستأجر المخلي المحل) .

ولما ثبت - في قضية الحال - أو قضاة الموضوع لما اعتبروا الإيجار من الباطن ضمن المخالفات المنصوص عليها في المادة 177 ق.ت.ج لأنه يعد إخلال بالتزام فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما . ومتى كان كذلك استوجب الرفض .

خاتمة الباب الأول

يعتبر القانون التجاري انعكاسا للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في بلد ما شأنه شأن باقي فروع القانون .ففي الدول الرأسمالية تهيمن التجارة الحرة ويساندها قانون تجاري يتماشى مع هذا التوجيه، حيث تتبنى نظرية العمل التجاري فيه فكرة تحقيق الربح .

أما في الدول الاشتراكية فيضمحل القانون التجاري ليصل في بعض الدول الشيوعية إلى درجة الانعدام حيث تكون المصلحة العامة والملكية الجماعية محورا لنظام القانوني فيها .

وقد قامت بعض الدول بدمج القانونين المدني والتجاري في تقنين موحد للالتزامات كسويسرا وإيطاليا رغبة منها في تعميم مزايا القانون التجاري وتحقيق العدالة والمساواة في الحياة المدنية، لأن هذا القانون الموحد يسري على الجميع دون تفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، خاصة وأن هذه التفرقة صعبة إذ عجز الفقه عن الوصول إلى تعريف جامع مانع للعمل التجاري فأقام بعض الفقهاء نظرية العمل التجاري على أساس موضوعي إلا أن المعايير انتقدت . فيما دفع فقهاء آخرين إلى البحث عن معايير قانونية تقوم على أساس شخصي إلا أن أحدا من هؤلاء الفقهاء لم تسلم نظريته من النقد لأن الاعتماد على نظرية واحدة لا يكفي لتحديد مفهوم العمل التجاري.

أخذ المشرع الجزائري بمحاسن النظريات عندما وضع القانون التجاري سنة 1975 معتمدا على النظريتين معا الموضوعية و الشخصية لتحديد معالم القانون التجاري .كما أن التشريع

الجزائري لاكتساب صفة التاجر لم يميز بين أهلية المرأة وأهلية الرجل فأخذ بمبدأ التساوي بينها ومبدأ استقلالية الذمة المالية لزوج عن زوجته وتتطرق إلى شروط ترشيد القاصر، كما رتب الالتزامات على التجار مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري. ووضع جزاءات على مخالفتها ومن الملاحظ أن المشرع التجاري قد حسم كثيرا في الخلافات الفقهية التي تثار في كثير من المسائل مثل بيع المحل التجاري أو رهنه إذ اعتبر جميع التصرفات التي ترد على المحل التجاري تجارية بحسب الشكل بغض النظر عن الشخص القائم بها .

الباب الثاني
الشركـــات التجاريـة

أهمية الشركات التجارية

لا تقتصر مزاولة التجارة على التجار الأفراد فقط، بل أن أهم المشاريع والأعمال الضخمة تعود لأشخاص اعتبارية اسمها الشركات. ذلك أن الفرد العادي كثيرا ما يعجز عن القيام بمفرده بتنفيذ مشروع تجاري. فقد تتوفر لديه الخبرة والمقدرة الغنية أو التجارية، ولكنه يحتاج إلى عمل الغير وأموالهم. وقد يود نشر مشروعه في بلدان أخرى فيحتاج لمن يساهم معه في العمل والإنتاج ويؤسس معه شركة تفتح فروعا في دول مختلفة. وعليه، أضحت أهم المشاريع التجارية سواء في حدود الدولة الواحدة أو على الصعيد العالمي، تتولاه شركات فيها شخصان أو أكثر في المال والعمل والإدارة ، فيقومون بمشاريع يعجز كل منهم عن تنفيذها على انفراد .

تحديد المسؤولية : قد يرغب التاجر في تحديد المسؤولية عن عمله التجاري ، غير أن نظامنا القانوني يتعارض مع ذلك، إذ يعترف لكل شخص بذمة مالية واحدة (المادة 188) من القانون المدني تكون فيها الأموال الضامنة لوفاء جميع الالتزامات. يستطيع الدائن العادي الوفاء بدينه على أي مال من أموال مدينه. ويتعذر على المدين حصر مسؤولياته ببعض أمواله الأخرى ولأن العمل التجاري محفوف بالمخاطر واحتمال الربح فيه قد لا يتحقق وتتراكم الخسائر على القائم به، فلقد أوجد التعامل وسيلة لتحديد مسؤولية التاجر وذلك بالمساهمة مع الغير في تأسيس

شركة تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الشركاء وتكتسب ذمة مالية مستقلة تكون فيها أموال الشركة ضامنة لوفاء ديونها بمعزل عن أموال الشركاء .

توظيف الأموال : أن تتمتع الشركة بذمة مالية مستقلة يتيح للشركاء إلحاق بعض أموالهم بشركة يؤسسونها فلا تدخل في ذمتهم المالية .

أما حق الشريك في الشركة، فيتمثل في اكتساب حصة أو أسهم في رأسمالها تمنحه حقا حيالها لا ينص على كل مال من أموالها ولا يشكل حصة شائعة فيه.

فيعد المال ملكا للشركة، وحق الشريك على الشركة حقا مستقلا يتراوح بين الحق الشخصي والحق الفكري أي الحق في منقول غير مادي. وهذا يؤدي إلى

أ) إذا فرضت ضريبة على أموال الشركة فإن هذه الضريبة تتناول الشركة لا شخص الشركاء .

ب) إذا فرضت قيود على أموال الأجانب أمكنهم توظيفها في شركات وطنية، أي إنشاء الشركة ومركزها واستثمارها، فلا تخضع مساهمتهم فيها للقيود المذكورة .

ت) إذا استفادت بعض الاستثمارات من إعفاءات ضريبية أو ميزات معينة، أمكن للأفراد تأسيس شركات تتوافر فيها الشروط المطلوبة للاستفادة من الحوافز المذكورة وقد يصعب توافرها في الأفراد بمعزل عن الشركة .

مفهوم الشركة :

إن انتشار الشركات يعود جزئيا إلى تمتعها بشخصية اعتبارية عن شخصية أعضائها، على أن مصدر الشركة التقليدي هو العقد . وقد بقيت الصفة التعاقدية للشركة هي الوحيدة المميزة لها سواء في الشرائع القديمة كالقانون الروماني أو الفقه الإسلامي أو الأنظمة الحديثة ولا سيما عن إحداث الشركات المساهمة الكبرى في القرن السابع عشر كشركة الهند الشرقية مثلا .

تعريف الشركة بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة كما أنها الشخص الاعتباري الذي ينشأ عن العقد).

يبرز هذا التعريف المساهمة في المشروع المشترك بالمال أو العمل واقتسام الأرباح والخسائر وبروز الشخصية الاعتبارية الناشئة عن العقد.

التمييز بين الشركة والمؤسسات القريبة منها :

1-العمل المشترك : قد يقام عمل مشترك دون تأسيس شركة تستوفي الإجراءات الشكلية المقررة لها مثل الأطباء أو المهندسين . فهل تعتبر مساهمتهم في العمل كافية ؟

لوصف هذه المساهمة لا بد من تحليل تفاصيلها . فقد تقتصر المساهمة على اتخاذ مقر مشترك لتخفيف الأعباء المادية دون اقتسام الأرباح أو الخسائر الناجمة عن واردات كل واحدة من المتعاونين .

أما إذا كان المتعاونون يقسمون الموارد والأعباء ولهم إدارة وذمة مالية باسم شخص اعتباري وأعمالهم مدنية، نكون أمام شركة مدنية . أما إذا قدم كل منهم خدمات باسم شخصي دون أن يترتب على زميله أي التزام حيال الغير، فقد ينفي مفهوم الشركة .

2) الملكية الشائعة : الشيوع هو اشتراك عدة أشخاص في ملكية مال معين دون إفراز حصة كل منهم فيه كأن يملك كل منهم النصف أو الثلث في كل جزء منه .وغالبا ما ينجم الشيوع عن الإرث إذ تنتقل ترك المورّث إلى الورثة، فيصبح كل منهم مالكا نسبة مئوية من أموال الشركة وعليه، فغالبا ما يفرض الشيوع على المالكين دون إرادتهم فتختلف وجهات نظرهم في إدارة المال الشائع ، مما يؤدي إلى تعطيل استثماره. ذلك أن القاعدة في إدارة المال الشائع من إجماع المالكين (715 ق. م.ج)

فإذا تعذر اتفاقهم اقتصر حق كل منهم في الإدارة على اتخاذ التدابير التحفظية ويكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصاب ، فإن لم توجد أغلبية وبناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ المحكمة التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع (المادة 716 ق. م.ج) .

إن الفرق بين الشركة والشيوع أن هذا الأخير هو حالة ثابتة تقتصر على ملكية مال مشترك والحصول على ثماره .

أما الشركة فتنصب على نشاط إيجابي يشمل في تحقيق مشروع مالي مشترك. وتحقيق هذا المشروع يحتاج إلى أموال يتقدم بها الشركاء. إلا أن هذه الأموال ليست ملكا شائعا بين الشركاء، وإنما هي ملك شخص اعتباري مستقل عن الشركاء أي الشركة .والواقع أن اتفاق المالكين على الشيوع على استغلال المال الشائع قد يقترب كثيرا من الشركة عندما لا يقتصر

عنى اقتسام موارد ذلك المال، بل يتعداه إلى القيام بمشروع اقتصادي يتناول إنتاج الثروات وخدمات أو تداولها واقتسام ما ينجم عن ذلك من أرباح. فإذا توافرت في ذلك الاتفاق عناصر الشركة أمكن القول بوجود شركة فعلية .

إذن الملكية الشائعة هي المصدر التاريخي للشركة إذ انبثقت الشركة عن الملكية الشائعة عند الرومان حيث كانت أموال الشركة تمثل ملكية مشتركة بين الورثة عند وفاة رب الأسرة فإذا اتفق الورثة على إدارة المال المشترك تحولت الملكية الشائعة إلى شركة. إذ أن الشركة لم تكن سوى عقد بين الشركاء يولد التزامات متقابلة ولا ينشأ عنه شخص اعتباري مستقل عن الشركاء ، على أن هذا الوضع ما لبث أن تحول بدخول روما معترك التجارة فأخذ الناس يؤسسون الشركات بمعزل عن أي تركة .

الجمعية : أنها جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي . ويبرز هذا التعريف الفارق بين الجمعية والشركة التي تسعى للحصول على ربح يوزع بين الشركاء .

الجمعية لا تهدف إلى تحقيق هدف مادي، كالجمعيات الدينية والخيرية والاجتماعية والثقافية والفنية والرياضية . وقد تسعى الجمعية لتحقيق مصلحة مادية لأعضائها دون توزيع أرباح كالجمعيات التعاونية التي تهدف إلى توفير السلع والخدمات للأفراد بشروط مغرية كتوفير المساكن لأعضائها وهو دور الجمعيات التعاونية السكنية والسلع الاستهلاكية لأعضائها كالتعاونيات الاستهلاكية .

تمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية :

يستمد التمييز بين الشركات التجارية والشركات المدنية أسسه بصورة مبدئية من صفة الأعمال التي تقوم بها الشركة. فإذا كان موضوع الشركة التعامل بالأعمال التجارية، اعتبرت هذه الشركة ذات الصفة التجارية وأخضعت لأحكام القانون التجاري أما إذا كان موضوع الشركة مدنيا، فإنها تعتبر ذات الصفة المدنية .

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، لم يكتف بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية، بل تبنى المعيار الشكلي وذلك من خلال ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون التجاري الجزائري (يعد عملا تجاريا بحسب شكله الشركات التجارية ......)

كما نصت كذلك المادة 544 ق. ت.ج (يحدد الطابع التجاري إما بشكلها أو موضوعها تعد شركات التضامن وشركات التوصية وشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها) .

وفائدة التمييز بين الشركات التجارية والمدنية[1].

1- الشركات التجارية تخضع لأحكام القانون التجاري والأعراف التجارية وهي ملزمة إذن بمسك الدفاتر التجارية وبالتسجيل في السجل التجاري الذي يكسبها الصفة التجارية بناء على نص المادة 549 ق.ت.ج . كما يمكن شهر إفلاسها إذا توقفت عن دفع ديونها التجارية

2- الشركة المدنية بمجرد تكوينها تكتسب الشخصية المعنوية . غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ومع ذلك إن لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون، فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية (المادة 417 ق. م.ج) .

التطور التاريخي للشركات التجارية : الشركة نظام قديم جدا عرفه البابليون ونظمه قانون حمورابي غير أن الواقع أن فكرة الشركة بمعناها الحديث لم يظهر إلا منذ عهد الرومان وكان عقد الشركة عقدا رضائيا كعقد البيع والإيجار ينظم العلاقة بين أطراف عقد الشركة أنفسهم دون أن تنشأ عنه شخص معنوي له ذمة مستقلة عن ذمة الشركاء

وفي العصور الوسطى بدأت فكرة الشخصية المعنوية حيث ازدهرت التجارة في الجمهوريات الإيطالية آنذاك وكانت فكرة شركات الأشخاص أسبق في الظهور من شركات الأموال حيث تكونت شركات التضامن واستقرت خصائصها خاصة مبدأ تضامن الشركاء [2].

أما عن شركات المساهمة فقد نشأت بسبب الحاجة إلى رؤوس أموال كبيرة وذلك في القرن الخامس عشر والسادس عشر لاستعمار المستعمرات الفنية بموادها الخام ومواردها الاقتصادية.

---

[1] -عباس حلمي المترلاوي: القانون التجاري – الشركات التجارية – ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر – 1994 – ص 4.

[2] -د/ ناديا فوضيل : أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري – دار هومة –1997– ص 6.

فتكونت الشركة المساهمة الكبيرة مثل شركة الهند الشرقية وشركة كندا الفرنسية.واعتمدت هذه الشركات في تجميع رؤوس أموالها على إصدار صكوك قابلة للتداول.

وفي نهاية القرن التاسع عشر، ظهرت الشركة ذات المسؤولية المحدودة في ألمانيا بمقتضى القانون الصادر في 1892/04/29 وانتقلت منها إلى معظم البلاد .

وفي القرن العشرين، اتجهت التشريعات إلى التدخل في تنظيم شركات المساهمة والتضييق من نطاق الحرية التعاقدية بغرض أحكام آمرة تحميها جزاءات جنائية وذلك حماية للمدخرين ورعاية للمصالح القومية .

كما بدأ رأس المال العام يدخل شركات مساهمة في أعقاب الحرب العالمية الأولى ، فنشأت شركات اقتصاد المختلط كتوفيق بين الحرية الاقتصادية والاشتراكية .

وبعد الحرب العالمية الثانية انتشر التأميم انتشارا واسعا في كثير من الدول وترتب على ذلك ظهور المساهمة العامة التي تمتلك الدولة جميع أسهمها .

الطبيعة القانونية :

للشركة الأصل أن الشركة مهما كان نوعها وطبيعة نشاطها، يحكمها عقد تطبق عليه القواعد العامة في العقود. لذلك نظمها القانون المدني بصفة عامة ونجدها في القانون المدني حيث تناول المشرع تنظيم عقد الشركة في المواد من 416 إلى 449 .

وإذا كان الأصل في العقود مبدأ حرية التعاقد حيث يترك المشرع للشركاء حرية تحديد شروطهم وتنظيم شركتهم .إلا أن التشريعات الحديثة أصبحت تتدخل في تنظيم الشركات التجارية بنصوص صريحة حماية لمبدأ الثقة والائتمان الذي يسود العلاقات التجارية.

تدخل المشرع الجزائري في تنظيمه للشركات ذات المسؤولية المحدودة وهي تلك التي تؤسس بين شركاء لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من الحصص .وتدخل المشرع لتحديد رأس مال الشركة (المادة 566 تجاري) على أن لا يجوز أن يكون رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة أقل من 100000 د.ج وتنقسم رأسمال إلى حصص ذات قيمة اسمية مبلغها 100د.ج على الأقل. وتدخل المشرع كذلك لتحديد عدد الشركاء إذا نصت المادة 590 من القانون التجاري على أنه لا يسوغ أن يتجاوز عدد الشركاء على عشرين شريكا وإذا أصبحت أكثر من عشرين شريكا وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة .

ومن الملاحظ أن الفكرة التعاقدية للشركة بدت تتراجع لتصبح نظاما مزدوجا بين النظام القانوني من جهة، والقواعد التي تحكم العقود بوجه عام من جهة أخرى، إلا أن عقد الشركة ليس كغيره من العقود الشبيهة به باعتبار عقد الشركة يبرز عنه شخص معنوي مستقل بإرادته عن إرادة الشركاء الأمر الذي يجعله يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات.

لدراسة هذا البحث نقسمه إلى الفصلين

الفصل الأول : الأحكام العامة للشركات

الفصل الثاني : أنواع الشركات التجارية

الفصل الأول
الأحكام العامة للشركات

الشركة عقد بين شخصين أو أكثر لأجل القيام بعمل مشترك واقتسام ما ينتج عنه من ربح أو خسارة. غير أن هذا العقد ليس كغيره من سائر العقود، إذ يترتب عليه نشوء شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي ويعيش حياة مستقلة عن تلك التي يحياها الذين اشتركوا في إبرام العقد الذي أدى إلى ميلاده .

والشركة كعقد ينتج عنه وجود شخص معنوي قانوني مستقل له ذمة مالية ونظام قانوني خاص يكون قابلا للانحلال أو انقضائها، وفي هذه الحالة ينبغي تصفيتها وقسمة المتبقي من موجودات بعد إعطاء كل ذي حق حقه.

نقسم هذا البحث إلى أربعة مباحث

أولا : عقد الشركة

ثانيا: الجزاء على مخالفة شروط عقد الشركة

ثالثا: الشخصية المعنوية للشركة

رابعا: انقضاء الشركة

المبحث الأول
عــــــقد الشركـة

تعرف المادة 416 من القانون المدني الجزائري (الشركة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة. كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك) .

وتقضي المادة 418 فقرة أولى بأنه (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذ لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد) وتنص المادة 426 الفقرة الأولى على أنه إذا وقع الاتفاق على أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجره مقابل عمله .ويتضح من هذه النصوص أن الشركة عقد يجب أن يتوفر على الأركان العامة في العقد وهي الرضاء والمحل والسبب كما يجب أن يتوفر على أركان خاصة هي أن يصدر العقد من شخصين فأكثر وأن يقدم كل منهم مالا أو عملا وأن يقتسم كل منهم أرباحا أو خسائره.

إلا أن المشرع لم يكتف بهذه الأركان العامة، وتدخل كثيرا في تنظيم الشركة ولم يترك عقدها لحرية المتعاقدين المطلقة، وإنما تدخل فيه بنصوص آمرة يهدف بها إلى تحقيق أغراض تتعلق بالنظام العام. لهذا لم يكتف المشرع بالشروط العامة للعقد، وإنما تطلب شروطا خاصة

بالشركة، واستلزم كذلك شروطا شكلية ورتب الجزاء على مخالفتها، لذا فإن عقد الشركة ليس عقدا كغيره من العقود ويقتصر أثره على ترتيب التزامات على عاتق الشركاء في الشركة، بل عقد ينبني عليه في غالب الأحيان نشوء شخص قانوني جديد، شخص معنوي هو الشركة إلى جانب الأشخاص الشركاء بحيث أن كلمة الشركة تعني في نفس الوقت العقد والشخص المعنوي الذي يتولد عنه.

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب

المطلب الأول : الأركان الموضوعية العامة

المطلب الثاني : الأركان الموضوعية الخاصة

المطلب الثالث : الشكلية لصحة عقد الشركة

المطلب الأول : الأركان الموضوعية العامة (شروط الصحة في عقد الشركة)

إن الأركان الموضوعية العامة الواجب توافرها في عقد الشركة هي نفس الأركان التي تقوم عليها كافة العقود الأخرى وهي الرضاء والأهلية والمحل والسبب

الرضاء: يشترط لانعقاد الشركة رضاء الشركاء، وهذا الرضاء يجب أن ينصب على شروط العقد جميعها أي على رأس مال الشركة وغرضها وكيفية إدارتها إلى غير ذلك ويجب أن تكون هذه الإيرادات المتعاقدة ذات سلطان كامل لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه. ولذلك يجوز في حالة الغلط أن يطلب إبطال العقد إذا كان جوهريا يبلغ حدا من الجسامة (المادة 82 ق.م.ج)[1].

ويجوز إبطال عقد الشركة للتدليس إذا كان هو الدافع إلى التعاقد (المادة 86 ق.م.ج)[2].

وكثيرا ما يقع التدليس في اكتساب في أسهم شركات المساهمة .

[1] -المادة 82 من القانون المدني الجزائري تنص (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط .

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. إذا في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

[2] - تنص المادة 86 ق.م.ج (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

أما الإكراه المنصوص عليه في المادة 82 من القانون المدني الجزائري فنادر الوقوع في الشركات .

الأهلية: عقد الشركة من العقود الدائرة بين النفع والضرر لأنه ينشئ التزامات ويترتب عنه حقوق سواء بين الشركاء أنفسهم أو مع الغير. لذلك يجب أن يصدر من ذي أهلية والأهلية لا تختلف عن أهلية أي شخص تصدر عنه تصرفات قانونية سواء كانت مدنية أو تجارية، وهي بلوغ سن 19 كاملة طبقا للمادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري. فإذا انظم للشركة شريك ناقص الأهلية، كانت باطلة بالنسبة له، بينما في شركة التضامن إذا شاب أحد الشركاء عيب لفقدان أهليته يؤدي إلى بطلان عقد الشركة. وأنه يجوز للقاصر الذي بلغ الثامن عشر من عمره، أن يبرم عقد الشركة متى أذنت المحكمة له في ذلك بناء على نص المادة 5 ق.ت.ج. ولا يجوز للولي أو الوصي أن يبرم عقد شركة أشخاص لمصلحة القاصر يكون فيها القاصر شريكا متضامنا لما يترتب على ذلك من اكتساب القاصر صفة التاجر ومسؤولياته المطلقة التضامنية عن ديون الشركة .

المحل والسبب: يقصد بالمحل العملية القانونية التي يراد تحقيقها وهو موضوع الشركة الذي يتمثل في المشروع المالي الذي يسعى الشركاء إلى تحقيقه. ويجب أن يكون ممكنا ومشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

أما السبب فهو الغاية التي يهدف إليها كل متعاقد من وراء التزامه بمعنى آخر هو الباعث الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد والسبب في عقد الشركة هو الرغبة في تحقيق الربح واقتسامه عن طريق القيام بمشروع اقتصادي أو تجاري

المطلب الثاني : الأركان الموضوعية الخاصة (العناصر الأساسية لعقد الشركة)

أغلب فقهاء القانون التجاري حصر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة في أربعة أركان هي : تعدد الشركاء - تقديم الحصص - نية المشاركة -اقتسام الأرباح والخسائر الناتجة عن نشاط الشركة .

أولا : تعدد الشركاء لإبرام عقد الشركة يفترض وجود شخصين طبيعيين أو اعتباريين أو أكثر لأن تدخل عدة أشخاص ضروري لتحقيق الغرض الاقتصادي من العقد وهو جمع الأموال وتحقيق المشروع المشترك(المادة 416 ق.م.ج)

وأن المشرع الجزائري تدخل في تحديد الحد الأدنى والأقصى لعدد الشركاء في بعض الشركات ففي شركات المساهمة أوجب أن لا يقل عدد الشركاء عن سبعة المادة 592 من القانون التجاري وفي الشركات ذات المسؤولية المحدودة أوجب ألا تزيد عدد الشركاء فيها على عشرين شريكا وإلا فإنه يلزم تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة المادة 590 من القانون التجاري.ولقد أجاز المشرع الجزائري سنة 1996 لشخص واحد أن ينشئ بمفرده شركة تسمى مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحددة (المادة 564 فقرة 2 ق.ت.ج) يخصص لها جزء من أمواله بحيث تكون أمواله الأخرى في مأمن من رجوع دائني الشركة عليه منافيا لمبدأ وحدة الذمة المالية الذي اعتنقه التشريع الجزائري في المادة 188 من ق.م.ج ومقتضاه أن أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. على أن هذا الوضع جائز في بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الإنجليزي والتشريع الألماني والتشريع الأمريكي حيث يطلق على هذا النوع من الشركات شركة الرجل الواحد.

ثانيا : تقديم الحصص الحصص هي جوهر الشركة وبدون تقديمها لا تستطيع الشركة أن تمارس عملها. والحصص ثلاث أنواع فقد تكون مبلغا من النقود أو عينا أو عملا [1].

أ- الحصص النقدية : قد تكون الحصة التي يقدمها الشريك مبلغا من النقود وهذا هو الوضع الغالب، يلتزم الشريك في هذه الحالة بدفع المبلغ الذي تعهد بتقديمه في الميعاد المتفق عليه وطبقا للشروط التي تراضى عليها وإذا لم يف بحصته النقدية وجب عليه التعويض وذلك ما قضت به المادة 421 من القانون المدني .

ب- الحصص العينية : تكون حقا عينية إذا قدم الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر مثلا قد تكون الحصة العينية عقارا كقطعة أرض تقام عليها منشآت المشروع، أو

[1] - د/ مصطفى كمال طه: الشركات التجارية - الأحكام العامة في الشركات الأشخاص - شركات الأموال - دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1997-ص 22.

منقولا كآلات أو سيارات أو مواد خام تستخدم في نشاط المشروع. وتنص المادة 422 من القانون المدني (إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص، أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بمال، فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك).

ت- الحصة العمل : يجوز للشريك بدلا من تقديم حصة نقدية أو عينية أن يقدم عمله حصة في الشركة والعمل الذي يصح اعتباره حصة في الشركة هو العمل الفني .

وقد أجاز القانون المدني الجزائري أن تكون الحصة عملا وهذا ما وردت المادة 423 من القانون المدني .لكن لا يجوز أن تكون الحصة مجرد نفوذ يتمتع به الشخص أو مجرد الثقة في مركزه المالي. إن تقدم الحصة عملا في الشركات المدنية أمر جائز، أما في الشركات التجارية فيختلف الأمر من شركة إلى أخرى. في شركة التضامن التي تكسب الشريك صفة التاجر وليس وصفه العامل أمر جائز. أما في شركات الأموال، فإن المشرع الجزائري قطع بصريح النص أن العمل لا يجوز أن يكون حصة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة والمساهمة وقصر جوازه فقط على شركات التضامن وحدها المادة 567 من القانون التجاري الجزائري .

تقدير الحصص : الحصص التي يقدمها الشركاء تقدر قيمتها في عقد الشركة، لأن توزيع الأرباح والخسائر يكون عادة بنسبة الحصص وذلك فيما عدا حصص العمل التي يصعب تقويمها بالنقود. ولهذا لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة

ثالثا : نية المشاركة إن العنصر الذي يميز عقد الشركة عن سائر العقود الأخرى الشبيهة به هو عنصر مستمد من نية المتعاقدين [1].

وهذا العنصر هو نتيجة ضرورية للصفة التعاقدية في عقود الشركات والالتزام بالمشاركة وليد إرادة الشركاء والشركاء لا يلتزمون إلا لأسباب يريدون تحقيقها، ونية المشاركة هي السبب المباشر الذي لا يختلف فيه من شريك إلى آخر في كل الشركات، حيث تبقى نية المشاركة سببا

[1] -د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني – المجلد الخامس – دار النهضة القاهرة – 1981- ص 222.

لازما سواء عند تأسيس الشركة في مراحل حياتها الأولى، أو عند استمرارها وهي تمارس نشاطها أو انقضاءها في نهاية حياتها [1].

رابعا : اقتسام الأرباح والخسائر الغرض من الشركة هو تحقيق الأرباح لتوزيعها بين الشركاء وعنصر السعي وراء الربح هو الذي يميز الشركة عن الجمعية .ويعتبر اقتسام الأرباح والخسائر من الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة المادة 425 مدني حيث تضمنت أنه إذا لم يبين عقد الشركة نصيب كل واحد من الشركاء في الأرباح والخسائر، كان نصيب كل واحد منهم بنسبة حصته في رأس المال. فإذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء في الأرباح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضا وكذلك الحال إذا اقتصر العقد على تعيين النصيب في الخسارة وإذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله، وجب أن يقدر نصيبه في الربح والخسارة حسب ما تفيده الشركة من هذا العمل. فإذا قدم فوق عمله نقودا أو أشياء أخرى كانت له نصيب عن العمل وآخر عما قدمه فوقه. وإذا وقع اتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها، كان عقد الشركة باطلا المادة 426 من القانون المدني. ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من المساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله .

المطلب الثالث: الشروط الشكلية لصحة عقد الشركة

يقرّ المشرع بالشخصية المعنوية للشركة حتى تمكنها من تحقيق أهدافها. ولهذا فلها أن تتعاقد مع الغير وتتعامل معه فتكتسب الحقوق ويترتب على عاتقها الالتزامات. لذلك حرص المشرع على اشتراط الكتابة لخصة عقد الشركة حتى يسهل إثبات ما تضمنه من بيانات تهم الغير الذي يتعامل مع الشركة.كما يهم الشركاء أنفسهم، أما بخصوص الشركات التجارية إضافة إلى الكتابة الرسمية اشترط الإشهار والقيد في السجل التجاري ولا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية إلا من يوم القيد حسب ما أوردت المادة 549 من القانون التجاري .

أولا : الكتابة نصت المادة 418 من القانون المدني على ضرورة كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا سواء تعلق الأمر بالشركات المدنية أو الشركات التجارية. غير أن الكتابة قد تكون عرفية

[1] - د/ حسني المصري : مدى حرية الانضمام للشركة والانسحاب - دار الفكر العربي القاهرة- 1985- ص 10.
CH. Dominique : Vidal Manuel Droit des Société - L.G.D.J - Paris 1993 – P. 17 et suite.

أو رسمية وإذا كان المشرع لم يبين نوعية الكتابة الواجبة في الشركة المدنية واقتصر على ضرورة الكتابة فقط فإن الشركة التجارية لا بد من إفراغها في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة وهـذا ما أوردته المادة 545 من القانون التجاري أي عن طريق الموثق، إن ظاهر النصوص المدنية والتجارية أن الكتابة بالنسبة للشركات المدنية تعتبر شرطا لصحة العقد، لا لمجرد إثباته [1].

بينما هي شرط للإثبات وصحة العقد بالنسبة للشركات التجارية. وفي كلا النوعين لا يجوز للشركاء أن يحتجوا على الغير بهذا البطلان الناتج عن عدم الكتابة، ولا يكون له أثر فيها بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان (المادة 418 فقرة 2 من القانون المدني). وكذلك فإنه يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء (المادة 545 الفقرة 3 من القانون التجاري).

وأيا كان الرأي حول السبب الذي من أجله شرعت الكتابة، فإنها ضرورية بالنسبة لعقود الشركات جميعا مدنية كانت أم تجارية ولا يستثني من ذلك إلا شركات المحاصة التجارية، حيث أعفاها المشرع من هذا الركن صراحة بنص المادة 795 مكرر2 .

ثانيا: الإشهار أوجبت المادة 548 من القانون التجاري إيداع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة.

ثالثا: القيد اشترطت المادة 549 من القانون التجاري الجزائري القيد في السجل التجاري حتى تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية. بينما الشركة المدنية تعتبر بمجرد تكوينها تتمتع بالشخصية المعنوية(المادة 417 ق.م.ج) غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون. ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية باعتبارها شركة فعلية، لم يحدد القانون المدني البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الشركة، الأمر الذي رأى فيه المشرع أن يترك لإرادة الأفراد المتعاقدة. أما المشرع التجاري، فقد أوجب أن يحدد عقد الشركة شكلها ومدتها

[1] -د/ محمد فريد العريني: الشركات التجارية – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2002- ص 50.

وعنوانها واسمها ومركزها وموضوعها ومدتها التي لا يمكن أن تتجاوز 99 سنة (المادة 546 من القانون التجاري) .

أما الشركات المدنية فتكتفي بالكتابة العرفية حيث لم يستلزم القانون الرسميـــة وكـــذلك لا يشترط إجراء الشهر لأن القانون المدني لم يتضمن نصوصا توجب عقد الشركة .

خلاصة دراسة عقد الشركة نلاحظ أنه يتميز بالخصائص التالية [1]

1-أنه عقد يتصف بالطبيعة المزدوجة حيث يجمع بين طياته الطابع التعاقدي والطابع اللائحي .

2-أنه عقد يلزم فيه تعدد الشركاء

3-أنه عقد يلزم فيه انصراف إرادة الشركاء إلى التعاون لتحقيق الربح .

4-أن الحصص لازمة في عقد الشركة فبدونها لا تستطيع الشركة القيام بوظائفها وإن ما يميز عقد الشركة عن سائر العقود هي خاصية نية الاشتراك، بمعناها الفني مثل عقد المقاولة عقـــد العمل عقد القرض والنظم الشبيهة بنظام الشركة حالة الشيوع والجمعية .

المبحث الثاني
الجزاء على مخالفة شروط عقد الشركة

انطلاقا مما ورد في المادتين 416-418 من القانون المدني وفي تعريف عقـــد الـــشركة وشرط الكتابة نجد أن تخلف ركن من أركانها العامة أو الخاصة أو الشكلية المنصوص عليها في القانون التجاري يترتب عنه جزاء يتمثل في البطلان. والأصل أن البطلان يعني انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير كذلك. إلا أن الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض عدم تطبيق هذه القاعدة بصفة مطلقة نظرا للآثار الخطيرة التي تنجم عن هذا البطلان فاجتهد الفقـــه والقضاء لتضيق آثار البطلان في عقد الشركة فصل حالات البطلان المطلق والنسبي وتخلف أحد الأركان الشكلية يؤدي إلى بطلان من نوع خاص ولهذه الاعتبارات رأى المشرع دعمـــا منـــه للائتمان والثقة في المجتمع التجاري أجاز تصحيح البطلان .

---

[1] – د/ أحمد محرز: الشركات التجارية – دار النهضة العربية بيروت – 1980– ص 58.

المطلب الأول : أنواع البطلان

أولا : البطلان المترتب على الإخلال بالشروط الموضوعية

أ- عيب الرضاء ونقص الأهلية : إذا أصيب رضاء أحد الشركاء عيب كغلط أو إكراه أو تدليس أو كان ناقصا الأهلية في وقت تكوين عقد الشركة فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا لأنه لا يؤثر إلا على التزام الشريك والذي وقع عليه البطلان وهذاما أوردته المادتان 99-100 من القانون المدني[1] .

هل يترتب على الحكم بالبطلان انهيار عقد الشركة بصفة شاملة أم يقتصر أثر البطلان على الشريك الذي طلبه وقضى له به ؟

يتوقف الأمر على نوع الشركة، فإذا كانت شركة تضامن ترتب على الحكم بالبطلان انهيار العقد ويشتمل الجميع لأن الشركة تقوم على الاعتبار الشخصي. أما إذا تعلق الأمر بشركات الأموال فلا يبطل عقد الشركة برمته إلا إذا شمل العيب كافة الشركاء المؤسسين وهذا ما قضت به المادة 733 من القانون التجاري الجزائري[2] .

ب- البطلان المؤسس على عدم مشروعية المحل والسبب: إذا كان موضوع عقد الشركة أو سببه غير مشروع أي مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا والبطلان بطلان مطلق فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك به كالشركاء أنفسهم والغير وللمحكمة أن تقضي

---

[1] - المادة 99 من القانون المدني الجزائري تنص (إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق) .

المادة 100 من ق.م.ج. تنص (يزول حق إبطال الحق بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير).

[2] - تنص المادة 733 من القانون التجاري الجزائري (لا يحصل بطلان شركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود . وفيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة أو الشركات المساهمة، فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول ولا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا العقد كافة الشركاء المؤسسين . كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 ق.م.ج .

ولا يحصل بطلان العقود أو المداولات غير التي نصت عليه الفقرة المتقدمة إلا من مخالفة نص ملزم من هذا القانون أو القوانين التي تسري على العقود)

به من تلقاء نفسها ولا تسقط دعوى البطلان إلا بمضي خمسة عشر سنة من وقت العقد وهذا ما نجده بنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري [1].

ثانيا : البطلان على مخالفة الأركان الخاصة

- البطلان بسبب عدم اكتمال النصاب القانوني لعدد الشركاء أو زيادة عدد الشركاء أو بسبب عدم تقديم الحصص لأن الحصص تعد بمثابة الضمان العام للمتعاملين أو بسبب انتفاء نية المشاركة وتقسيم الأرباح والخسائر الشخصية المعنوية لأن هذه النية هي التي تميز عقد الشركة عن العقود الأخرى وإذا انتفت هذه النية لم تكن بصدد عقد شركة وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا وهذا ما قضت به المادة 426 من ق.م.ج [2]

ثالثا :البطلان بسبب عدم توافر الأركان الشكلية في عقد الشركة (البطلان الخاص):

إذا تخلف أحد الأركان الشكلية في عقد الشركة يترتب على البطلان حيث نجد في المادة 418 من القانون المدني الجزائري تنص على أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا.

غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و يكون له أثر فيما بينهم ابتداء من اليوم الذي تقدم فيه أحدهم بطلب البطلان.

وبالرجوع إلى نصوص المواد 545--548-549 من القانون التجاري الجزائري يتضح لنا أن المشرع أوجب في عقد الشركات التجارية الكتابة الرسمية والإشهار والقيد في السجل التجاري.

وفي حالة مخالفة أحد هذه الشروط الشكلية يؤدي إلى بطلان الشركة وإلا كان هذا البطلان ليس بطلانا نسبيا وليس بطلانا مطلقا وإنما بطلانا خاص[3] .

---

[1] -تنص المادة 102 من ق.م.ج (إذا كان العقد مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد) .

[2] - تنص المادة 426 ق.م .ج (إذا وقع الاتفاق على أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا . ويجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط ألا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله.)

[3] -تنص المادة 545 ق.ت.ج (تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلا . لا يقبل أي دليل إثبات بين شركاء فيما يتجاوز ضد مضمون عقد الشركة

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود شركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء) .

تصحيح البطلان : دعما من المشرع للائتمان التجاري، حرص المشرع على عدم بطلان الشركات التجارية، فأجاز لكل من يهمه أمر طلب التصحيح أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح .

أشارت المادة 735 من القانون التجاري على انقضاء دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائيا، إلا إذا كان هذا البطلان مبنيا على عدم قانونية موضوع الشركة.

يتضح من هذا النص أنه يمكن تصحيح البطلان بإزالة سببه ما عدا الأسباب غير المشروعة مثال المحل المخالف للآداب أو النظام العام .

فإذا كان عقد الشركة غير مكتوب أو لم يتخذ الشركاء إجراءات شهرة أو لم يكمل النصاب القانوني للشركاء فإنه يجوز لهم تصحيح البطلان بالكتابة واتخاذ إجراءات الشهر وتصحيح البطلان أيا كان سببه. ويبدو أن المحكمة التي توخاها المشرع في جواز التصحيح له سببان الأول سبب فني والثاني سبب مصلحة اقتصادية .

الأول زوال سبب البطلان المرفوع من أجله. والثاني تشجيع دعائم الائتمان التجاري وتنشيط التجارة وتأكيد على بقاء الشركة واستمرارها. حيث أجيز للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلا بناء على طلب من له مصلحة ولو من تلقاء ذاتها حتى يتمكن الشركاء من إزالة سبب البطلان. وفضلا عن ذلك، فرض المشرع فترة زمنية قدرها شهرين تبدأ من تاريخ افتتاح ألزمها بالانتظار وعدم صدور الحكم حتى ولو كان سبب البطلان قائما حتى تتيح للشركاء فرصة تصحيح وهذا ما قضت به المادة 736 فقرة 2 من ق.ت.ج [1].

- تنص المادة 548 ق.ت.ج (يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة).
- نص المادة 549 ق. ت.ج (لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري . وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم وإلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة

فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها) .

[1] -تنص المادة 736 ق.ت.ج (يجوز للمحكمة أن تتولى النظر في الدعوى، أن تحدد أجلا ولو تلقائيا للتمكن من إزالة البطلان . ولا يسوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى .

تصحيح البطلان بسبب عيب من عيوب الرضاء أو نقص الأهلية :

يتضح من نص المادة 738 ق.ت.ج أن المشرع أراد الإبقاء على الشركة حتى في حالة ما إذا شاب رضاء أحد الشركاء عيب أو كان ناقص الأهلية أو أصابه عارض أثر على الأهلية وأجاز المشرع لكل شخص يهمه الأمر أن ينذر كلا من الشركة والشخص المعني تصحيح هذا العيب وإلا فإن له الحق في رفع دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار.

- وفي حالة رفع دعوى البطلان يجوز للشركة أو أحد الشركاء أن يعرض للمحكمة الإجراء الذي من شأنه أن يزيل مصلحة المدعي بطلب البطلان وخاصة شراء حقوق الشريك الذي أصاب رضاءه عيب وعلى المحكمة الانقضاء بالبطلان ,كان ذلك يتفق مع أحكام العقد التأسيسي للشركة .

التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع حسن إليه :

نصت المادة 742 من ق.ت.ج على أنه (لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية. غير أن البطلان الناتج لعدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير، من طرف عديم الأهلية وممثليه الشرعيين، أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف) .

تصحيح البطلان بسبب إجراءات الشكل :

تنص المادة 739 على أنه (إذا كان بطلان لأعمال أو مداولات لاحقة لتأسيس الشركة مبنيا على مخالفة قواعد النشر، لكل شخص يهمه أمر تصحيح العمل أن ينذر الشركة بالقيام بهذا التصحيح في أجل ثلاثين يوما. وإذا يقع التصحيح في هذا الأجل، يجوز لكل شخص يهمه الأمر أن يطلب من القضاء تعيين وكيل يكلف بالقيام بهذا الإجراء) .

من هنا يتبن لنا حرص المشرع على عدم بطلان الشركات لأسباب اقتصادية ودعم الائتمان التجاري .

إذا اقتضى الحال استدعاء الجمعية أو وقعت استشارة الشركاء لإزالة البطلان، وإذا ثبت استدعاء قانوني لتلك الجمعية أو إرسال نص مشاريع القرار مصحوبا بالمستندات التي يجب تسليمها للشركاء ، فإن المحكمة تقضي بحكم بمنح الأجل اللازم للشركاء لاتخاذ قرار).

قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 142806 تاريخ 1996/3/26 إنشاء - إثباتها - عقد رسمي - البطلان. المادتان 418 ق.م.ج 545 ق.ت.ج

من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا . ولما كان ثابتا - من قضية الحال - أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود شركة على عقد عرفي وشهادات شهود يكونون قد خرقوا أحكام المادة 418 من ق.م.ج التي تشترط أن يكون عقد إنشاء الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا وكذلك المادة 545 ق.ت.ج التي تنص بأن لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

تقادم البطلان : أشارت المادة 740 على التقادم تنقضي دعوى بطلان الشركة بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من يوم العلم بسبب البطلان مع مراعاة فترة الإنذار بطلب التصحيح .

أما بالنسبة لدعاوى المسؤولية الناجمة عن بطلان الشركة فيسري التقادم اعتبارا من التاريخ الذي اكتسب فيه حكم البطلان قوة الشيء المقضي به وهذا ما قضت به المادة 743 (لا يجوز زوال سبب البطلان دون الحق في رفع دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن عيب كان يشوب الشركاء أو الشركة وتتقادم هذه الدعوى بمرور ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ كشف البطلان) .

المطلب الثاني : آثار البطلان (نظرية الشركة الفعلية)

متى أبطل عقد الشركة سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا فإن القواعد العامة تقضي بأن يعاد الشركاء إلى الحال التي كانوا عليها قبل العقد تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان .

إلا أن هذه القاعدة لا تطبق على الشركة التي التزمت تكوينها الأركان العامة والخاصة للشركة، وباشرت أعمالها التجارية وتتعامل مع الغير بمظهر الشركة وترتب عليها التزامات وأكسبها حقوق، فمن الصعب إعادة الأمور مثل ما كانت عليه من الناحية العملية، وهذا حماية لمبدأ الائتمان التجاري. لذلك استقر القضاء على أنه إذا حكم ببطلان الشركة وجب تعطيل جميع آثارها بالنسبة للمستقبل فقط إنما يسري أثر البطلان إلى الماضي أي أن القضاء يرى أن هناك شركة فعلية كانت قائمة فعلا لا قانونا في الفترة ما بين الانعقاد وحكم بالبطلان.

وقد أطلقت تسمية الشركة الفعلية لأول مرة في قرار صدر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 8 أفريل 1825 [1].

اقتصر البطلان على المستقبل دون أن يرد آثاره إلى الماضي وأن الحكم ببطلان الشركة يعتبر بمثابة ميلاد للشركة الفعلية وإقرار بأن التصرفات السابقة صحيحة ولها آثارها القانونية لكن البطلان يسري على المستقبل ومع منحها الشخصية المعنوية للمستقبل بحدود التصفية والمشرع الجزائري كان حريصا على الحد من حالات البطلان الأمر الذي ينتج عنه تضييق كبير في مجال نظرية الشركة الفعلية للاعتراف بوجود شركة فعلية لابد من أن تتوفر على الشروط التالية :

1 -أنه لا مجال لتطبيق نظرية الشركة الفعلية إلا إذا تكونت الشركة فعلا ودخلت في معاملات مع الغير بعد تكوينها وممارستها لأعمالها التجارية

2- أن لا يكون مجال لتطبيق النظرية عند عدم توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة بعقد الشركة .

3-يجب التفرقة بين الشركة الفعلية التي وجدت بالفعل وتعاملت مع الغير بوصفها شخصا معنويا، وبين الشركة التي تكونت بحكم الواقع وهي الشركة التي لا يتوافر لدى مؤسسيها النية لتكوين شركة بالمعنى القانوني الفني. فهي شركة تنشأ بطريقة تلقائية ونتيجة إرادتهم التعاون بقصد استغلال مشروع معين وتقسيم الأرباح وغالبا ما تكون هذه الشركات أشخاصا كشركات التضامن، بينما تأخذ الشركات الفعلية جميع أشكال الشركات [2].

النظام القانوني للشركة الفعلية:

يقوم النظام القانوني للشركة الفعلية على أساس أنها شركة صحيحة في الفترة من تاريخ تكوينها إلى تاريخ الحكم ببطلانها ويترتب على ذلك آثار في مواجهة الشركة كشخص معنوي وعلى الشركات فيما بينهما وعلى علاقة الشركة مع الغير .

-بالنسبة للشركة كشخص معنوي تكون الشركة خلال الفترة الممتدة من تكوينها حتى الحكم ببطلانها محتفظة بشخصيتها المعنوية وتبقى تصرفاتها والتزاماتها بما فيها البينة والقرائن وتظل

---

[1] - د/ رزق الله أنطاكي و د/ نهاد السباعي : الحقوق التجارية البرية الشركات التجارية – مطبعة خالد بن الوليد 1991- ص 291.

[2] - يتم تصفية الشركات التي تكونت بحكم الواقع وفقا للأحكام العامة للشركات إما في الشركات الفعلية فيتم تصفيتها طبقا للشروط التي وضعها الشركاء في عقد الشركة وكثيرا ما يخلط القضاء بين الشركة الفعلية والشركة التي تكونت بحكم الواقع .

محتفظة بشكلها ونوعها وتخضع الشركة الفعلية لالتزامات التجار كمسك الدفاتر التجارية وتخضع للضرائب التجارية وإذا توقفت عن دفع ديونها خلال فترة نشاطها قبل الحكم ببطلانها أو أثناء عملية التصفية فإنه يجوز شهر إفلاسها .

-بالنسبة للشركاء : في حالة بطلان الشركة وتصفيتها تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر على ضوء ما تضمنه العقد التأسيسي للشركة من شروط .

-بالنسبة لعلاقات الشركة مع الغير : تعتبر التصرفات التي قامت بها الشركة مع الغير صحيحة ومنتجة لأثارها حتى تاريخ بطلانها ويجوز لدائني الشركة التمسك ببقائها ليتفادوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء.

وفي حالة توقف الشركة عن دفع ديونها فمن حق الدائنين طلب شهر إفلاس الشركة وتقسيم أموالها لاستيفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس [1] .

المبحث الثالث
الشخصية المعنوية للشركة

إذا توفرت جميع الأركان في عقد الشركة نشأ عن هذا العقد شخص جديد هو الشخص المعنوي الذي ينفصل عن شخصية الشركاء .

الشخصية القانونية هي الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات. والشخص المعنوي هو مجموعة من الأفراد يتبعون تحقق غرض معين ولقد تعددت النظريات في طبيعة الشخصية المعنوية وتفسيرها. اعتبرها البعض أنها مجرد افتراض أو مجاز المشرع. والبعض الآخر اعتبرها حقيقة واقعية، ومنهم من ينكر فكرة الشخصية المعنوية ويرى أنها فكرة الذمة المالية المخصصة لغرض معين .وتعتبر الشركة شخصا معنويا مستقلا وقائما بذاته عن أشخاص الشركة. وإذا كان للشركات جميعا الشخصية المعنوية، فإنه يستثنى من ذلك شركة المحاصة إذ ليست شخصية معنوية ولا وجود لها بالنسبة إلى الغير، وإنما تقتصر آثارها على أطرافها فحسب .

[1] -د/ أبو زيد رضوان : الشركات التجارية – دار الفكر العربي القاهرة 1987 – ص 98.

المطلب الأول: بدء الشخصية المعنوية ونهايتها

تعتبر الشركة المدنية بمجرد تكوينها شخصيا شخصيا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون..

ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون، فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية (المادة 417) ق.م.ج [1] .

إذن الشركة المدنية لها الشخصية منذ تكوينها لأنها غير مطالبة بالقيد والإشهار .

أما القانون التجاري فقد نصت المادة 549 لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري. وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد في أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات شركة منذ تأسيسها .

ويتضح من هذا النص أن المشرع التجاري الجزائري لا يعترف للشركة التجارية بأي وجود قانوني مستقل قبل القيد في السجل التجاري . وبذلك يكون قد قيد حكم المادة 417 فقرة 2 في القانون المدني باعتبار أن الخاص يقيد العام .

وقد اعتبر المشرع حكم التصرفات التي يبرمها المؤسسون لحساب الشركة أثناء فترة التأسيس، تقام على أساس المسؤولية التضامنية على عاتق الأشخاص الذين يتولون القيام بالتعهدات باسم الشركة ولحسابها ذلك إذا لم تلتزم الشركة بهذه التصرفات بعد تمام تكوينها وقيدها في السجل التجاري .وتعتبر هذه التصرفات وكأن الشركة هي التي أبرمتها منذ البداية .

نهاية الشخصية المعنوية :

الأصل أن الشخصية المعنوية للشركة تنتهي بحلها وانقضائها. ومع ذلك فمن المقر أن انقضاء الشركة لا يترتب عليه زوال شخصيتها المعنوية، وإنما تظل الشركة محتفظة بشخصيتها المعنوية طيلة فترة التصفية بالقدر اللازم للتصفية من تاريخ انقضاء الشركة لحين توزيع أموالها على

---

[1] - تنص المادة 417 ق.م.ج (تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون .

ومع ذلك إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون ، فإنه يجوز للغير بأن يتمسك بتلك الشخصية.)

الشركاء وذلك مراعاة لمصلحة الشركاء ودائني الشركة على السواء .وهذا ما قضت به المـادة 444 ق. م.ج (تبقى مستمرة إلى أن تنتهي أعمال التصفية) وكذلك ما أكدته المـادة 766 فقرة 2 ق.ت.ج (تبقى الشخصية المعنوية للشركة قائمة لاحتياجات التصفية إلى أن يتم إقفالها) ويتبع عنوان أو اسم الشركة البيان التالي (شركة في حالة تصفية). وعلى ذلك فإنه يجوز مقاضاة الشركة أثناء التصفية وكذلك يجوز للمصفي إبرام عقود وتنفيذ الالتزامات بالقدر اللازم لأعمال التصفية، فإذا امتنعت الشركة عن الوفاء بديونها وهي في فترة التصفية، فإنه يمكن طلب شهر إفلاسها باعتبارها شخصا معنويا .

المطلب الثاني النتائج المترتبة على الشخصية المعنوية

تتمتع الشركة كشخص معنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان كالطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون. (المادة 50 فقرة 1) ق. م.ج .

وتقضي المادة كذلك أن للشركة ذمة مالية مستقلة وأهلية في حدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي قررها القانون. كما أن للشركة موطنا وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها وأن للشركة ممثلا يعبر عن إرادتها وللشركة حق التقاضي .

أولا : ذمة الشركة

اعتبر القانون أن من آثار الشخصية الاعتبارية الاعتراف للشخص الاعتباري بذمة مالية مستقلة المادة 50 فقرة 2 من القانون المدني ويترتب على ذلك آثار كبيرة أهمها :

- الحصة التي يقدمها الشريك للشركة تخرج من ملكه وتصبح مملوكة للشركة كشخص معنوي، ولا يكون للشريك بعد ذلك إلا مجرد نصيب في الأرباح أو في الأموال التي تبقى بعد تصفية الشركة [1] .
- ليس لدائني الشركة أي حق على أموال الشريك الخاصة إلا إذا كان لهذا الشريك صفة التضامن .

[1] – د/ مصطفى كمال طه : الشركات التجارية – مرجع سابق – ص 48.

- لا تقع المقاصة بين دائني الشريك الشخصي وبين الدين الذي للشركة عن الدائن نفسه، ولا بين الدين على الشركة المترتب لأحد الشركاء على دائن الشركة نفسه لأن المقاصة تفرض وجود حقين متقابلين وحق الشركة يختلف عن حق الشركاء [1].
- أن لدائني الشركة حق الأفضلية على أموال الشركة بالنسبة لدائني الشركاء الشخصيين
- تعتبر ذمة الشركة هي الضمان العام لدائني الشركة وحدهم دون دائني الشركاء الشخصيين.

ومن ثم لا يجوز لدائني الشريك أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم عن طريق الحجز على أموال الشركة أو على ما يخص ذلك الشريك في رأس المال، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه من الأرباح كأن يحجزوا على حصته في الربح المادة 436 ق.م.ج.

أما إذا انحلت الشركة وتمت التصفية، فقد زالت الشخصية المعنوية عنها، وأصبح المال شائعا بين الشركاء، وجاز لدائني الشريك أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد تحديد نصيبه من القسمة .

والفصل بين ذمة الشركة وذمم الشركاء لا يكون تاما في بعض الأحيان وذلكم هو الشأن في شركات التضامن وشركات التوصية حيث يكون الشركاء المتضامنون مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة .

تعدد استقلال التفليسات

إذا أفلست الشركة فإن هذا لا يشمل في المبدأ إفلاس الشركاء. كما أن إفلاس الشريك لا يترتب عليه إفلاس الشركة نظرا لاستقلال ذمة الشركة عن ذمة الشركاء. ومع ذلك فإن إفلاس شركة التضامن أو التوصية يشمل بالتبعية إفلاس الشركاء المتضامنين فيها بسبب مسؤولياتهم التضامنية عن دون الشركة في أموالهم الخاصة. حينئذ تتعدد التفليسات فتوجد تفليسة للشركة وتفليسة لكل واحد من الشركاء المتضامنين على أن كل تفليسة منها تعتبر مستقلة قائمة بذاتها. ويكون لدائني الشركة أيضا التقدم في تفليسة الشركاء ولا يكون لهم فيها مركزا ممتازا بل يتزاحمون فيها مع دائني الشركة حتى يستوفوا حقوقهم.

[1] -د/ علي حسن يونس : الشركات التجارية – دار الفكر العربي 1974– ص 104.

ثانيا : أهلية الشركة

أ- أهلية الوجوب : للشركة أهلية خاصة بها ، فهي تتمتع بحق التملك وحق التعاقد فلها أن تشتري وتبيع وأن تقرض. ويقوم بجميع هذه الأعمال من يمثل الشركة قانونا بموجب عقد الشركة التأسيسي وفي حدود الصلاحيات الممنوحة له في العقد المذكور ويجوز للشركة قبول التبرعات من الغير بشرط ألا يكون التبرع مقترنا بشرط يتنافى مع غرض الشركة.

أما تبرعات الشركة للغير فالأصل عدم جوازها لتعارض ذلك مع غرض الشركة وهو السعي وراء الربح، ولكن ليس هناك ما يمنع أن تتبرع الشركة للأعمال الاجتماعية والخيرية في حدود ما يجري به العرف والعادة.

ب- أهلية الأداء: للشركة حق التعاقد مع الغير ويقوم بجميع الأعمال التعاقدية الشخص المكلف بإدارة الشركة في حدود الصلاحيات الممنوحة له في عقد الشركة أو نظامها الأساسي [1].

المسؤولية الجنائية للشركة : لا تقع العقوبة الجزائية إلا على الأشخاص الطبيعيين لارتكابهم أضرارا ولأن الشركة ليست شخصا طبيعيا. وليس لها إرادة فهي لا ترتكب بذاتها أعمالا جنائية فضلا عن أن العقوبات الجسمانية أو البدنية لا يعقل تطبيقها على الشركة. فقد جرى الفقه والقضاء على عدم قيام المسؤولية الجنائية على عاتق الشركة والأشخاص المعنوية بوجه عام بل الذي يسأل جنائيا هو مرتكب الجريمة شخصيا من عمالها ومديرها . وينشأ من ذلك الجرائم التي يعاقب عليها بغرامات مدنية .

ثالثا : موطن الشركة

يقصد بموطن الشركة المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيسي أو أي مكان توجد فيه مجالس الإدارة والجمعيات العمومية والذي يتم فيه إبرام العقود والصفقات المتعلقة بأعمال الشركة [2] .

[1] - أكثم أمين الخولي :الموجز في القانون التجاري الجزء الأول - مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة -- 197-ص 444.

[2] - د/ عبد الحميد الشواربي : موسوعة الشركات التجارية الطبعة الثالثة -- منشأة المعارف الإسكندرية 1991- ص 83.

وقد نصت المادة 547 ق.ت.ج (يكون موطن الشركة في مركز الشركة) .وكذلك الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يطبق عليها القانون الجزائري وهنا المشرع الجزائري في هذه الحالة تبنى معيار الاستغلال وليس معيار المركز الرئيسي .
كما أن المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18 جانفي 1997 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري يخضع إلزاميا القيد في السجل التجاري كل مؤسسة تجارية مقرها في الخارج وتفتح في الجزائر وكالة أو فرعا أو أية مؤسسة أخرى. ولعل الحكمة التي توخاها المشرع هو الاحتياط للشركات المتعددة الجنسيات وما يمكن أن ينجم عنها من أثر سلبي على الاقتصاد الوطني فطبق عليها القانون الجزائري حتى يتسنى له مراقبتها. وتظهر أهمية وجود موطن مستقل للشركة أو مركز إداري في أن الاختصاص المحلي في الدعاوى المتعلقة بالشركة يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها. ويجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة وذلك في المسائل المتصلة به . وكذلك تبدو أهمية الموطن في أن الأوراق القضائية يجب إعلانها للشركة في مركز إدارتها وأن النظام القانوني للشركة وجنسيتها تتحدد بالمكان الذي يوجد فيها مركز إدارتها .

رابعا: ممثل الشركة

لا تستطيع الشركة كشخص معنوي أن تتعامل بذاتها ومن ثم يمثلها شخص طبيعي هو المدير في كل أعمالها. ومدير الشركة ليس نائبا أو وكيلا عنها إذ أن الوكالة تفترض عقدا بين الشركة والمدير أي تطابق إرادتهما على الوكالة.كما أن الأصل يستطيع أن يعمل مباشرة دون وساطة الوكيل. في حين أن الشركة ليست لها إرادة مستقلة عن إرادة المدير ولا يمكنها أن تعمل إلا بواسطة المدير ويمتنع القانون أن يمنح المدير نفسه وكالة عن الشركة كما أن المدير يعين بمعرفة أغلبية الشركاء. وسلطة المدير هي سلطة خاصة يحددها القانون ويملكها وحده وله أن يباشرها بالرغم من معارضة الشركاء مادة 427ق.م وهو ما يتناقض مع الوكالة، لذلك فالمدير هو عنصر جوهري في الشركة ولا تستطيع الشركة أن تعمل إلا بواسطته وأن المدير وإن لم يكن وكيلا عن الشركة بالمعنى الصحيح إلا أنه قد تنطبق عليه قواعد الوكالة بطريق القياسي. ويقوم المدير بأعمال الإدارة وبالتصرفات التي تدخل في غرض الشركة فيبرم العقود مع الغير ويوقع عن الشركة ويمثل الشركة أمام القضاء والسلطات العامة وله أن يرفع الدعاوى

باسم الشركة وتقاضي الشركة في شخصه دون حاجة إلى مقاضاة كل أعضائها وذلك لأن للشركة حق التقاضي المادة 50 ق.م.

خامسا : جنسية الشركة

للشركة جنسية خاصة قد تختلف عن جنسية أعضائها المكونين لها ويفيد تعيين جنسية الشركة في أمور عديدة لمعرفة مدى تمتع الشركة بالحقوق التي تقتصر كل دولة على رعاياها ومنها الحق في التجارة.ولتحديد الدولة التي يكون لها الحق في حماية الشركة في المجال الدولي ثم إن جنسية الشركة هي التي تحقق القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بصحة تكوينها وأهليتها وإدارتها وحلها وتصفيتها بوجه عام. و لم يحدد القانون المدني أو التجاري الجزائري بنص صريح مسألة جنسية الشركة و لم يتناولها بالتنظيم القانوني الخاص بالجنسية الجزائرية الذي لم يتعرض إلا لجنسية الأشخاص الطبيعيين ويرجع لنص المادة 50 ق.م ج فقرة 4 حكما خاصا بالقانون الواجب التطبيق على الشركات فقضت بأن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط بالجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر وكذلك المادة 547 ق.ت.ج أن الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر تخضع للتشريع الجزائري . وقد اختلف الفقه والقضاء حول أمرين أولهما هل يلزم للشركة جنسية حتى تباشر نشاطها وما هو المعيار الذي يحدد جنسية الشركة في حالة عدم وجود نص ؟

ذهب بعض الفقهاء وأحكام القضاء إلى القول بأنه لا يلزم للشركة كشخص معنوي جنسية كجنسية الأفراد وحجتهم في ذلك أن رابطة الجنسية صالحة للشخص الطبيعي دون سواه، تستلزم من رابطة الدم أو الانتماء وهي روابط لها طبيعة عاطفية وذات علاقات سياسية الأمر الذي لا يتوفر في الشركة كشخص معنوي [1].

بينما فضل فريق آخر من الفقهاء والقضاة القول بضرورة الجنسية للشركة لحماية نفسها وكذلك حماية للدولة ذاتها من نشاط شركات الدول العادية أو ذات المصالح المتعارضة مع الدولة التي تباشر نشاطها على إقليمها. ولكن على الرغم من اتفاق هذا الجانب من الفقه على

[1] - د/ أحمد محرز : الشركات التجارية - مرجع سابق - ص 73.

ضرورة الجنسية للشركة إلا أنهم اختلفوا في تحديد معيار جنسية الشركة فذهبوا إلى القول بأن جنسية الشركة تتحدد بمكان الرقابة والإشراف.

والرأي الثاني ذهب إلى القول بأن معيارا جنسية الشركاء هو الذي يحدد نشاط الفعلي الشركة ورأي ثالث يقول بأن المعيار هو الدولة الكائن بها مركز الإدارة لرئيس الشركة .

والمشرع الجزائري رغم أنه لم ينص صراحة على جنسية الشركة إلا أنه أخذ بمعيار محل نشاط الشركة وهذا ما يفسر من نص المادة 50 فقرة 4 ق. م.ج والمادة 547 ق.ت.ج[1] .

سادسا : أثر إدماج الشركة أو انقضائها على الشخصية المعنوية

إن للشركة أثناء حياتها حرية ممارسة نشاطها طالما أن نشاطها مشروع ومهما كان شكلها فإنها تستطيع أن تندمج مع غيرها ليتسع مجال نشاطها. وكذلك للشركة الحق في الانفصال عن غيرها إذا أرادت ممارسة نشاطها على وجه الاستقلال.نص القانون التجاري الجزائري في المادة 744 على أنه (للشركة ولو في حالة تصفيتها أن تدمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريقة الإدماج والانفصال.كما لها أخيرا أن تقدم رأسمالها لشركات جديدة بطريقة الانفصال) .وقد أجازت المادة 745 ق.ت.ج الدمج والانفصال بين شركات ذات شكل مختلف كما لو كانت بين شركة ذات مسؤولية محدودة.

الاندماج عن طريق الضم أو الابتلاع

أ) في حالة دمج الشركة تبقى للشركة المندمجة شخصيتها المعنوية المستقلة حتى انتهاء من تصفيتها ونقل أموالها إلى الشركة الجديدة ولا ينتج دمج للشركة آثارها على الغير إلا ابتداء من اليوم الذي ينشر فيه هذا الدمج في السجل التجاري 766 ق. ت.ج. وقد تندمج شركتان أو أكثر لتنشئ شركة جديدة وهذا ما يعرف بالاندماج عن طريق المزج .

ففي حالة المزج فإن جميع الشركات المندمجة تنقضي وتنشأ عن انقضائها شركة جديدة

ب) تحويل الشركة وأثره على شخصيتها المعنوية: التحويل هو تغيير الشركة لشكلها القانوني كأن تتحول من شركة تضامن إلى شركة توصية بسيطة أو شركات ذات مسؤولية محدودة أو

---

[1] -تنص المادة 547 ق.ت.ج (يكون موطن الشركة في مركز الشركة تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري)

أن تتحول شركة توصية بالأسهم إلى شركة مساهمة. والرأي السائد يفرق بين التحويل الـــذي ينص القانون أو عقد الشركة على جوازه والتحويل غير المنصوص عليه في القانون أو العقـــد. فالتحويل الذي يجيزه القانون أو عقد الشركة لا يترتب عليه إنهاء الشركة وزوال شخـــصيتها، بل تظل هذه الشخصية قائمة ومستمرة في الشكل الجديد مثال: يعتبر القاصر أو القـــصر مـــن الورثة الشركاء في حال استمرار الشركة غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قـــصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم أي في هذه المرحلة تتحول الشركة من شركة تـــضامن إلى شـــركة التوصية البسيطة المادة 562 ق.ت ج فقرة 2 أما التحويل غير المنصوص في القانون أو العقـــد فإنه يتضمن إنهاء للشركة الأولى وإنشاء شركة جديدة .

المبحث الرابع
انقضـــــاء الشركة

انقضاء الشركة معناه انحلال الرابطة القانونية التي تجمع الشركاء. تنقضي الـــشركة لعـــدة أسباب إما أن تكون عامة فتنطبق على جميع أنواع الشركات أدرجها المـــشرع الجزائـــري في القانون المدني في المواد 437 إلى 442 وكذلك المواد 443 حـــتى 449 المتعلقـــة بتـــصفية الشركة وقسمتها، أو أن تكون خاصة تختلف من شركة لأخرى حسب نوعها نجد ذلـــك في التشريع التجاري الجزائري، سواء كانت شركات أشخاص، أو شركات أموال .كما تنقـــضي الشركة عن طريق الالتجاء إلى القضاء، وإذا تحقق السبب لانقضاء الشركة، فإنه لا يـــؤدي إلى انقضائها مباشرة، بل تمر الشركة بمرحلة التصفية، فتبقى شخصيتها قائمة في حدود التصفية إلى غاية قفلها تسدد أثناءها كل ما للشركة من ديون وما عليها والمتبقي من أموالها يـــوزع علـــى الشركاء

المطلب الأول : أسباب انقضاء الشركات التجارية

هناك ثلاث حالات لانقضاء الشركة لأسباب إرادية أو غير إرادية أو بحكم قضائي

أولا : انقضاء الشركة بقوة القانون

1-تنتهي الشركة بانقضاء الميعاد الذي عين لها بهدف تحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها[1] .
وفي حالة استمرار أعمالها رغم انقضاء الميعاد المحدد يعتبر عقد الشركة مجددا تلقائيا سنة فسنة بالشروط ذاتها (المادة 437) ق.م.ج.
كما يجوز لدائن أحد الشركاء أن يعترض على هذا الامتداد ويترتب عليه وقف أثره في حقه.
المدة المحددة لعمر الشركة لا يجوز أن تتجاوز أكثر من 99 سنة (المادة 546) ق.ت.ج.
2-انتهاء الغرض الذي أنشأت الشركة من أجله: إذا نشئت الشركة للقيام بغرض معين كإنشاء المساكن ثم انتهت مهمتها. فالشركة تنقضي مباشرة رغم عدم انقضاء أجل محدد.
3-هلاك مال الشركة أو هلاك جزء كبير منه: نصت المادة 438 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري (تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه، بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها) وبما أن الحياة التجارية تقوم على أساس الثقة والائتمان فحماية لهذا نص المشرع في 589 فقرة 2 ق.ت.ج (في حالة ما أصيبت شركة ذات المسؤولية المحدودة بخسارة قدرها 3/4 من رأس مالها يجب حل الشركة). وتنقضي الشركة بالهلاك أيضا إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يقدم حصته شيئا معنيا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه (المادة 438 فقرة 2) ق.م.ج ولكن لوقف هذا الانقضاء يشترط أن يكون الشيء الذي تعهد الشريك بتقديمه لازما لحياة الشركة بحيث لا يتصور استمرارها بدونه[2]
4-موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو عبارة أو إفلاسه: تنص المادة 439 ق.م.ج على انقضاء الشركة بسبب موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بسبب عبارة أو إفلاسه لأن شركات الأشخاص قائمة على أساس الاعتبار الشخصي وبالتالي فإن زوال هذه الشخصية يؤدي إلى انحلال الشركة. غير أنه يجوز الاتفاق في حالة موت أحد الشركاء أن تستمر الشركة مع الورثة حتى ولو كانوا قصرا.

[1] -إذا كان تحديد مدة الشركة على وجه تقريبي وتم ربطه بانتهاء العمل، فإن انتهاء المدة دون إتمام العمل لا يؤدي إلى انقضاء الشركة إذ تفسر إرادة الشركاء على أنها حددت العقد الأجلين انتهاء المدة أو انتهاء العمل.
انظر د/ عبد الرزاق السنهوري : الجزء الخامس ص 354.
[2] -د/ محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري المصري – القاهرة 1957 – ص 734.

ويجوز أيضا الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء أو حجز عليه، أو أفلس أو انسحب من الشركة وفقا للمادة 440 ق.م.ج أن تستمر الشركة بين الشركاء الباقين. وفي هذه الحالة لا يكون لهذا الشريك أو ورثته إلا نصيبه في أموال الشركة.ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم وقوع الحادث الذي أدى إلى خروجه من الشركة ويدفع له نقدا ولا يكون له نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر الحقوق الناتجة من أعمال سابقة على ذلك الحادث.

والاتفاق على استمرار الشركة فيما بين الشركاء وورثة الشريك المتوفى لا يثير أية صعوبة طالما لا يوجد من بينهم قصرا ولكن الصعوبة تظهر عندما يكون من بين الورثة قصرا وخاصة في شركة الأشخاص الذي يكتسب به الشريك مع الورثة ويكونوا مسؤولين بحدود ما ترك لهم مورثهم فقط لا يتمتعون بصفة تجارية وليسوا شركاء متضامنين وإنما هم موصون.

أما إذا كان المتوفى هو الشريك المتضامن الوحيد، وكان ورثته كلهم قصرا غير راشدين، وجب شريك متضامن جديد أو تحويل الشركة في أجل سنة ابتداء من تاريخ الوفاة، وإلا حلت الشركة بقوة القانون عند انقضاء هذا الأجل المادة 563مكرر 9 من القانون التجاري المرسوم التشريعي رقم 93-08 .

5-عدم توفر ركن تعدد الشركاء: إذا اجتمعت الحصص في يد شخص واحد تنقضي الشركة بقوة القانون حيث لا يجوز تكوين الشركة بوجه عام إلا بوجود شريكين على الأقل. وإذا كان ذلك هو الحد الأدنى الواجب توافره في عدد الشركاء إلا أن المشرع الجزائري أجاز تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموه من حصص.

هنا أجاز المشرع فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة بأن تؤسس من شخص واحد (المادة 564)ق.ت.ج

وهذا لا يسري على بقية الشركات التجارية الأخرى . كما قيد المشرع الشخص الذي يؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأن لا يؤسس أكثر من شركة من هذا النوع ولا يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يكون لها كشريك وحيد شركة أخرى ذات مسؤولية محدودة مكونة من شخص واحد (المادة 590) مكرر 21 فقرة 1 ق.ت.ج.كما فرض المشرع حدا أقصى لعدد الشركاء في الشركات ذات المسؤولية المحدودة بعشرين شريكا وجب تحويلها إلى

شركة مساهمة في أجل سنة واحدة، وإلا تنحل الشركة في تلك الفترة من الزمن مساويا لعشرين شريكا أو أقل (المادة 590) ق .ت.ج.

بينما فرض حدا أدنى لعدد الشركاء في شركة المساهمة بسبعة شركاء على الأقل 592 من القانون التجاري الجزائري .

6-التأميم : هو نقل ملكية المشروع من نطاق الملكية الخاصة إلى نطاق الملكية العامة واستخدام المصلحة العامة. يعني حلول الدولة بواسطة مؤسساتها العامة محل المساهمين في ملكية الشركة الأمر الذي يرتب انقضاء الشركة وزوال الشخصية القانونية. إلا أن المؤسسات أو الهيئات العامة وهي من أشخاص القانون العام تعتبر أشخاصا قانونية جديدة قامت على انقضاء الشركات المؤممة التي انقضت وانحلت بالتأميم .

ثانيا : الأسباب الإرادية لانقضاء الشركة

ترتكز هذه الأسباب على الاعتبار الشخصي وهذه نجدها في شركات الأشخاص.ومن بين هذه الأسباب :

1) اتفاق الشركاء: قد يتضمن عقد الشركة نصا يقضي بحل الشركة لظروف معينة . في هذه الحالة يعمل بالشروط المذكورة. وللشركاء متى شاءوا الاتفاق على حل الشركة قبل حلول أجلها . تقضي المادة 440 فقرة 2 ق.م.ج على أنه تنتهي الشركة بإجماع الشركاء على حلها ويتضح من هذا النص أن الإجماع واجب لانقضاء الشركة ما لم يوجد نص في القانون يخالف ذلك. كما نصت المادة 715 مكرر 18 من ق.ت.ج (تتخذ الجمعية العامة غير العادية قرار حل شركة المساهمة الذي يتم قبل حلول الأجل) وقرارات الجمعية العامة لا تشترط بها الإجماع وإنما تبنت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية الأصوات المعبرة عنها (المادة 674 الفقرة 3 ق.ت.

2) انسحاب أحد الشركاء: تقضي المادة 440 ق.م.ج بانتهاء الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير محددة وذلك بمجرد إعلان رغبته في الانسحاب لأن المبدأ يقضي بعدم تقيد حرية الشخص وربطها بالالتزام الأبدي وهذا الحق خاص بالشريك وحده .غير أن الشريك لا يمكنه استعمال هذا الحق إلا إذا توفرت بعض الشروط :

أ-أن يعلن الشريك مسبقا عن إرادته في الانسحاب على أن يمنح لباقي الشركاء مهلة كافية لتدبير الأمر وفقا لمبدأ حسن النية .

ب-يجب أن يكون الانسحاب عن حسن نية وأن يكون في وقت مناسب فلا يصح الانسحاب الذي يشوبه غش وللقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال .

3) اندماج الشركة :اندماج شركة مع شركة أخرى أو ما يسمى الاندماج عن طريق الضم أو الابتلاع، هذا يؤدي إلى انقضاء الشركة على أساس المزج. أشار المشرع الجزائري في المادة 744 ق. ت.ج (للشركة ولو في حالة تصفيتها أن تدمج في شركة أخرى أو أن تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج .

كما لها أن تقدم ماليتها لشركات موجودة أو تساهم معها في إنشاء شركات جديدة بطريقة الإدماج والانفصال .

كما لها أخيرا أن تقدم رأسمالها لشركات جديدة بطريقة الانفصال)

فالاندماج هو اتحاد شركتين فأكثر لتكوين شركة واحدة جديدة ويؤدي الاندماج إلى انحلال الشركات المدمجة والانتقال الكلي لذممهم المالية إلى الشركة الجديدة .

أما الاندماج بطريقة الابتلاع أو الضم فيعني فناء شركة أو أكثر في شركة أخرى قائمة . فتظل الشركة الدامجة بشخصيتها بينما تنقضي الشركة المندمجة. و لم تقتصر حالات الدمج على نوع معين من الشركات، بل أجاز المشرع الجزائري الدمج بين مختلف الشركات

(المادة 745)ق.ت.ج (يسوغ تحقيق العمليات المشار إليها في المادة المتقدمة بين شركات ذات شكل مختلف. ويجب أن تقررها كل واحدة من الشركات المعنية حسب الشروط المطلوبة في تعديل قوانينها الأساسية . إذا كانت العملية تتضمن إحداث شركات جديدة، يتعين تأسيس كل واحدة منها حسب القواعد الخاصة بكل شكل من الشركة الموافق عليها).

ثالثا : الأسباب القضائية

يجوز للقاضي أن يحكم بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء للأسباب التالية:

1) <u>عدم وفاء أحد الشركاء بالتزاماته أو لأسباب خطيرة:</u> تنص المادة 441 ق.م ج. (يجوز أن تحل الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء، لعدم وفاء شريك بما تعهد به أو بأي

سبب آخر ليس هو من فعل الشركاء، ويقدر القاضي خطورة السبب المبرر لحل الشركة). وحق الشريك في طلب الحل القضائي في مثل هذه الحالات متعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على حرمان الشريك منه

2) فصل الشريك: رأى المشرع الجزائري تقدير حق كل شريك في طلب فصل غيره من الشركاء إذا وجدت أسباب مقبولة حيث نصت المادة 442 ق.م.ج لا يؤدي فصل الشريك إلى انتهاء الشركة بل تبقى قائمة بين الشركاء وتقدر حصة الشريك المفصول بقيمتها يوم الفصل طبقا لأحكام المادة 439 ق.م.ج

3) خروج أحد الشركاء من الشركة: أجاز المشرع الجزائري في المادة 442 فقرة 2 لكل شريك أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة لأسباب معقولة كمرضه وعدم استطاعته مواصلة العمل بالشركة إذا كان شريكا متضامنا له صفة التاجر أو بسبب تعذر تعاونه مع مجموع الشركاء.

4) إصابة الشركة بخسارة: تنص المادة 589 فقرة 2 من القانون التجاري الجزائري بالنسبة للشركة ذات المسؤولية على أنه في حالة إصابتها بخسارة تقدر ب3/4 رأس مالها يجب على المديرين استشارة الشركاء للنظر فيما إذا كان يتعين إصدار قرار بحلها،ويلزم في جميع الحالات وجوب إشهار قرار الشركاء في صحيفة معتمدة لتلقى الإعلانات القانونية في الولاية التي يكون مركز الشركة الرئيسي تابعا لها وإيداعه بكتابة ضبط المحكمة التي يكون هذا المركز تابعا لها وقيده بالسجل التجاري.

وقد نصت المادة 594 من القانون التجاري بالنسبة لشركة المساهمة على أن يكون رأس مالها قيمته 5 مليون د.ج على الأقل ولكن في حالة ما إذا انخفض رأس مالها إلى مبلغ أقل من المبلغ المحدد وجب تصحيح هذا الوضع خلال سنة، ورفع المبلغ إلى الحد الأدنى أو تتحول الشركة إلى نوع آخر من الشركات. وإذا لم يحصل التصحيح ولا التحويل جاز لكل من يهمه الأمر أن يطلب حل الشركة من القضاء بعد إنذار ممثليها بتسوية الوضعية. تنقضي الدعوى بزوال سبب الحل في اليوم الذي تبت فيه المحكمة في الموضوع ابتدائيا.

قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 32208 بتاريخ 1985/5/4 انقضاء الشركة - هلاك المساهمة

(المادة 438 ق.م.ج)

متى نص القانون على أن الشركة تنتهي بهلاك جميع مالها أو جزء منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها .

ومتى نص أيضا على أنه إذا كان أحد الشركاء قد تعهد بتقديم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه أصبحت الشركة منحلة في حق جميع الشركاء فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون وتأسيس على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي رفض دعوى المستأنف الرامية إلى تصحيح بحل الشركة التجارية .

المطلب الثاني : آثار انقضاء الشركة

الشركة من العقود المستمرة التي ينشأ عن نشاطها أثناء حياتها علاقات فيما بينها ومع الغير. وفي حالة انقضاء الشركة يتم تصفيتها من أجل قسمة موجوداتها بين الشركاء بعد استيفاء دائني الشركة لحقوقهم .

أولا: التصفية يقصد بالتصفية تسوية المراكز القانونية للشركة بهدف تقسيم ما تبقى من الأموال بين الشركاء وعادة ما ينص في عقد الشركة على الطريقة التي يتم بها تصفية أموال الشركة وقسمتها وفي حالة عدم وجود نص يتوجب اتباع أحكام القانون المتعلقة بالتصفية. ويترتب على التصفية الآثار التالية :

أ) احتفاظ الشركة بالشخصية المعنوية : جاء في المواد 444 ق.م.ج والمادة 766 ق.ت.ج تبقى شخصية الشركة قائمة حتى الانتهاء من عملية التصفية. وينتج عن بقاء الشخصية المعنوية أثار هي :

- احتفاظ الشركة بذمتها المالية المستقلة
- احتفاظ الشركة بموطنها القانوني في مركزها الرئيسي
- يعتبر المصفي ممثلا قانونا للشركة وينوبها في التقاضي
- يجوز شهر إفلاس الشركة متى توقفت عن دفع ديونها في فترة التصفية
- احتفاظ الشركة باسمها مضافا إليه تحت التصفية

ب) تعيين المصفي: هو الشخص الذي يعهد إليه تصفية الشركة المـادة 445 ق.م ج .تـتم التصفية عند الحاجة إما على يد جميع الشركاء، وإما على يد مصف واحد أو أكثر تعينهم أغلبية الشركاء.

وإذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي، فيعينه القاضي بناء على طلب أحدهم .

وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة، فإن المحكمة تعين المصفي وتحدد طريقة التصفية بناء على طلب كل من يهمه الأمر.

وحتى يتم تعيين المصفي يعتبر المتصرفون بالنسبة إلى الغير في حكم المصفين.

ولا يجوز أن تتجاوز وكالة المصفي أكثر من ثلاثة أعوان، غير أنه يمكن تجديد هذه الوكالة من طرف الشركاء أو رئيس المحكمة بسبب ما إذا كان المصفي قد عين من طـرف الـشركاء أو بقرار قضائي .

إذا لم يكن بالإمكان انعقاد جمعية الشركاء بصفة قانونية، جددت الوكالة بقرار قضائي بنـاء على طلب المصفى.

يجب على المصفى عند طلب تجديد وكالته أن يبين الأسباب التي حالت دون إقفال التـصفية والتدابير التي ينوي اتخاذها والآجال التي يقتضيها إتمام التصفية .(المادة 785) ق.ت.ج.

ت) عزل المصفي : يتم عزله بتطبيق قاعدة من يملك سلطة التعيين يملك سلطة العـزل المـادة 786 تجاري.

غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من القضاء عزل المصفي إذا وجد سبب قانوني يبدده. فإذا قضت المحكمة بعزله وجب عليها أن تعين آخر محله.

ث) اختصاصات المصفي : تنص المادة 788 فقرة 1 من القانون التجاري يمثل مصفي الشركة وتحول له السلطات الواسعة لبيع الأصول ولو بالتراضي، غير أن القيود الـواردة علـى هـذه السلطات الناتجة عن القانون الأساسي أو أمر التعيين لا يحتج بها على الغير فالمصفي هو الوكيل على الشركة للقيام بأعمال التصفية فوضعه القانوني يشبه مدير الشركة، وقد يعهد في كثير من الأحيان إلى المدير نفسه بأمر تصفية الشركة ولكن المدير يتمتع بالسلطة اللازمـة لاسـتغلال الشركة بينما تنحصر وظائف المصفي بتصفية أعمالها وعندما يجري تعيين المصفي مـن قبـل

المحكمة فإنه يعطى أوسع الصلاحيات الممكنة وللمصفي أن يقوم بجميع الأعمال التي من شأنها الوصول إلى تصفية الشركة تصفية عادلة ويمكننا تلخيص وظائف المصفي بما يلي[1]:

1) القيام بجميع الأعمال التي تهدف إلى المحافظة على موجودات الشركة كتنظيم جرد بالموجودات ومطالبة المدير بتقديم حسابات الشركة .

2) تحصيل ما للشركة من ديون سواء عند الغير أو عند الشركاء القسم ودفع ما عليها ونلاحظ هنا الفرق بين التصفية والإفلاس في أن التصفية لا تقضي بحلول أجل الديون التي على الشركة فليس على المصفي أن يفي دينا على الشركة لم يستحق بعد.

3) ولكي يتمكن المصفي من الوفاء بالديون المستحقة بذمة الشركة ومن القيام بسائر عمليات التصفية يحق له بيع موجودات الشركة.

4) لا يجوز للمصفي متابعة الدعاوى الجارية أو القيام بدعاوى جديدة لصالح التصفية ما لم يؤذن بذلك من الشركاء أو بقرار قضائي إذا تم تعيينه بواسطة المحكمة وهذا ما أشارت إليه المادة 788 فقرة 3 ق.ت.ج

هل يجوز للمصفي الاستمرار في استغلال الشركة أو القيام بأعمال جديدة ؟

الأصل لا يجوز أن يباشر أعمالا جديدة بإرادته لأن هذا يتنافى مع غرض التصفية ومع ذلك يجوز له مباشرة أعمال جديدة متى كانت لازمة لإتمام أعمال سابقة (المادة 446 فقرة 1 ق.م.ج) وفي هذه الحالة عليه استدعاء جمعية الشركاء وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 792 ق.ت.ج.

ج) إقفال التصفية : تعتبر التصفية منتهية عندما يقوم المصفي بإتمام حساباته النهائية للشركة .

وعند نهاية التصفية يتم نشرها بناء على ما ورد في المادة 775 ق.ت.ج

ينشر إعلان إقفال التصفية الموقع عليه من المصفي، بطلب منه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو في جريدة معتمدة بتلقي الإعلان القانوني ويتضمن إعلان البيانات التالية:

-العنوان أو التسمية التجارية متبوعة عند الاقتضاء بمختصر اسم الشركة

-نوع الشركة متبوع ببيان في حالة التصفية

[1] - د/ مصطفى كمال طه : الشركات التجارية - مرجع سابق - ص 108.

-مبلغ رأس مالها -عنوان المقر الرئيسي -أرقام قيد الشركة في السجل التجاري-أسماء المصفين وألقابهم وموطنهم -تاريخ ومحل انعقاد الجمعية المكلفة بالإقفال إذا كانت هي التي وافقت على حسابات المصفيين أو عند عدم ذلك، تاريخ الحكم القضائي المنصوص عليه في المادة المتقدمة 774 ق.ت.ج وكذلك بيان المحكمة التي أصدرت الحكم.

-ذكر كتابة المحكمة التي أودعت فيها حسابات المصفين

بانتهاء التصفية تنقضي الشخصية المعنوية للشركة ويصبح صافي موجودات الشركة أموالا شائعة قابلة للقسمة بين الشركاء وتبدأ مرحلة القسمة بينهم .

ثانيا : قسمة أموال الشركة بعد التصفية وتحويل موجودات الشركة إلى نقود تنتهي مهمة المصفي وتزول الشخصية المعنوية نهائيا، ومن ثم وجب إجراء القسمة وهي عملية تلي التصفية ويفضل الشركاء بأنفسهم القيام بها أو مطالبة القضاء بذلك في حالة الخلاف. وتنص المادة 448 ق.م.ج تطبق قسمة الشركاء القواعد المتعلقة بقسمة المال المشاع وتقضي كذلك المادة 793 من القانون التجاري الجزائري بأنه تتم قسمة المال الصافي المتبقي بعد سداد الأسهم الإسمية أو حصص الشركة بين الشركاء بنفس نسبة مساهمتهم في رأس مال الشركة ، وذلك باستثناء الشروط المخالفة للقانون الأساسي .

ثالثا: تقادم الدعاوى الناشئة عن أعمال الشركة - الأصل أن التصفية وزوال الشخصية المعنوية لا يؤدي إلى إبراء ذمة الشركاء قبل دائني الشركة، بل تظل مسؤولياتهم قائمة إلى غاية استيفاء الحق،وقبل ذلك يكون الشركاء لفترة طويلة ملتزمين بتطبيق القواعد العامة بالتقادم المسقط (المادة308) ق.م.ج ، يتقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون.[1] لكن السرعة والائتمان تقضي عدم ملاحقة الشركاء لمدة طويلة وكذلك الضرورة تقضي عدم فسح المجال للدائنين المتقاعسين للمطالبة بحقوقهم أثناء التصفية، لذلك هناك نوع خاص من التقادم وهو قصير المدى ويعرف بالتقادم الخماسي ألا يتجاوز 5 سنوات من نشر انحلال الشركة باستثناء المصفين (المادة 777) ق.ت.ج.

شروط أعمال التقادم الخماسي : يشترط لأعمال التقادم الخماسي طبقا لأحكام المادة 777 من القانون التجاري الجزائري عدة شروط وهي:

1-أن تكون الشركة المنحلة شركة تجارية

2-أن تكون الشركة التجارية قد تم انقضائها وانحلت. أما إذا كانت الشركة باقية، فإن مسؤولية الشركاء عن ديونها تظل قائمة .

3-أن يتم شهر الشركة المنقضية بالطرق المقررة قانونا وفي جميع الحالات التي يكون فيها الشهر واجبا .

4-إذا نشأ الدين أو استحق بعد حل الشركة، فلا يبدأ التقادم الخماسي في هذه الحالة إلا من تاريخ نشأة الدين أو استحقاقه لا من تاريخ حل الشركة (إذن لا يتقادم الحق قبل وجوده واستحقاقه)

5-لا يسري التقادم الخماسي على دعاوى الشركاء فيما بينهم أو على دعاوى الغير على المصفي بصفته هذه ولو كان من الشركاء .

بدء سريان التقادم الخماسي وانقطاعه: طبقا لأحكام المادة 777 تجاري يسري التقادم الخماسي اعتبارا من تاريخ نشر انحلال الشركة بالسجل التجاري و لا يخضع هذا التقادم للقواعد العامة في التقادم المسقط.

الفصل الثاني
أنواع الشركات التجارية

يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو بموضوعها (المادة 544) قانون تجاري.

تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة التجارية بحكم شكلها ومهما يكون موضوعها. كما أضاف المشرع في المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 1993/4/25 شركة المحاصة .وهذه الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تخضع للإشهار ويمكن إثباتها بكل الوسائل ولا تطبق أحكام الفصل التمهيدي وأحكام الباب الأول وأحكام الفصل الرابع من هذا الكتاب على شركة المحاصة كما أنها شركة تؤسس بين أشخاص طبيعيين وتعتبر من شركات الأشخاص .

أما قانون الشركات الفرنسي الصادر عام 1966 فيقتضي بأنه تتحدد تجارية الشركة بشكلها أو موضوعها المادة 1 فقرة 1 ويتضح أن المشرع الجزائري أخذ باتجاه المشرع الفرنسي باعتبار

تجارية الشركات هو شكلها وليس موضوعها. على عكس المشرع المصري، حيث أخذ بالمعيار الموضوعي فقط للتفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية .

أنواع الشركات :

شركات الأشخاص: تعتمد أساسا في تكوينها على شخصية شركائها والثقة المتبادلة بينهم. ونظرا للاعتماد على الاعتبار الشخصي بين الشركاء في هذه الشركات بصفة ، فإنه يترتب على إفلاس أحدهم أو خروجه من الشركة بصفة عامة التأثير في حياة الشركة وينطبق ذلك على شركات التضامن .

تطلق تسمية شركات الأشخاص على شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة المحاصة ا. ونظرا للاعتبار الشخصي للشركاء الذي يلعب دورا هاما في التأسيس، فالشركاء لا يقبلون الدخول في هذا النوع من الشركات إلا اعتمادا على الثقة المتبادلة بينهم. ترتكز هذه الثقة إما على الصفات الشخصية التي يتحلى بها الشركاء أو على اعتبارهم المالي ويرجع السبب في ذلك إلى أن تنفيذ الالتزامات التي تعقدها الشركة مع الغير لا يقتصر على موجداتها فحسب، بل يتحداها إلى ثروة الشركاء الشخصية جميعهم في شركات التضامن أو بعضهم وهم الشركاء المتضامنون في شركة التوصية البسيطة. وفي العادة شركات صغيرة تتألف بين أفراد تجمعهم في الغالب صلة القرابة أو الصداقة أي يعرف بعضهم البعض معرفة جيدة وثقة مطلقة .

ومن أهم الصفات المميزة لشركات الأشخاص :

- عدم قابلية حصص الشركاء للتنازل أو الانتقال بالطرق التجارية
- أن الشركة تنتهي بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو إفلاسه؛وذلك أن الشركاء وثقوا بشخص معين وقد لا تتعدى الثقة إلى الورثة أو ممثله القانوني، ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك.
- عنوان الشركة
- مسؤولية الشركاء أو بعضهم التضامنية وغير المحدودة
- اكتساب الشركاء أو بعضهم صفة التاجر
- لا يجوز للشريك أن يتصرف في حصته من غير رضاء باقي الشركاء لأن المتصرف إليه قد لا يحظى بثقة الشركاء .

شركات الأموال: تعتمد في تكوينها على مقدار المبلغ من المال الذي يساهم به كل شريك وليس صفة الشريك فهي مجموع من أموال لا اعتبار فيها لشخصية الشريك . ويترتب على ذلك أنه لا أثر لوفاة أحد الشركاء أو إفلاسه على استمرار الشركة ونشاطها، وينطبق ذلك على شركة المساهمة .

الشركات ذات الطبيعة المختلفة: وهي التي لا يسأل الشريك إلا عن حصته في رأس المال ولا يقسم رأس المال إلى أسهم فهي تجمع بين خصائص شركات الأشخاص والأموال وينطبق ذلك على شركة ذات المسؤولية المحدودة .

المبحث الأول
شركة التضامن

شركات التضامن من أسبق الشركات ظهورا يرجع أصلها إلى النظام الروماني . ويرجع الفضل في تسمية هذا النوع من الشركات بشركة التضامن إلى العالم سافاري Savary الذي عرفها بأنها (شركات يباشر فيها الشركاء التجارة باسمهم جميعا بصورة التضامن) وأخذ بهذه التسمية الفقيه بوتيه Potier ثم انتقلت إلى قانون التجارة الفرنسي الصادر سنة 1807 .

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام شركة التضامن في المواد 551 إلى 563 من القانون التجاري، إلا أنه لم يضع تعريفا لشركة التضامن كبعض التشريعات الأخرى، وإنما تضمنت النصوص في طياتها خصائص شركة التضامن.

عرفها الفقه بأنها الشركة التي تعمل تحت عنوان معين لها وتتألف ما بين شخصين أو أكثر مسؤولين بصفة شخصية وبوجه التضامن عن ديون الشركة ولهم صفة التاجر بمجرد اشتراكهم بالشركة .

نصت المادة 551 فقرة 1 ق.ت.ج للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن الديون الشركة ويستنتج من هذا التعريف مسؤولية جميع الشركاء الشخصية عن جميع ديون الشركة ولعل هذه الصفة هي التي تميز شركات التضامن عن غيرها .

تخضع شركة التضامن للقواعد العامة التي تحكم الشركات عموما وهي بالإضافة إلى ذلك تنفرد بخصائص وصفات خاصة بها . ويتم تكوينها عن طريق توافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة والشكلية التي تعرضنا لها في بداية هذا الفصل .

المطلب الأول : خصائص شركة التضامن

لقد نصت المادتان 551-552 من القانون التجاري الجزائري على مميزات شركة التضامن

1-عنوان الشركة : تنص المادة 552 من القانون التجاري على أن يتألف عنوان الشركة من أسماء جميع الشركاء أو من اسم شخص غير شريك فيجب أن يكون ائتمان الشركة ائتمانا حقيقيا لا وهميا، فإذا توفي أحد الشركاء واستمرت مع البقية وجب حذف اسمه من عنوان الشركة وكذلك الحالة في حالة انفصاله منها لأي سبب من الأسباب

2-اكتساب الشريك صفة التاجر : يكتسب الشخص صفة التاجر بمجرد اشتراكه في شركة التضامن حتى ولو لم يسبق له احتراف التجارة من قبل .هذا ما أشارت إليه المادة 551 فقرة 1 تجاري للشركاء بالتضامن صفة التاجر ويستنتج من اعتبار الشريك المتضامن تاجرا

- وجود توافر الأهلية الكاملة في الشريك المتضامن
- يؤدي شهر إفلاس الشركة إلى شهر إفلاس جميع الشركاء المتضامنين

في حالة إفلاس أحد الشركاء أو منعه من ممارسة مهنته التجارية أو فقدان الأهلية تنحل الشركة ما لم ينص القانون الأساسي على استمرارها أو يقرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء وهذا ما نصت عليه المادة 563 ق.ت.ج.

-يترتب على اكتساب الشريك صفة التاجر خضوعه لالتزامات التجار

3-المسؤولية الشخصية والتضامنية للشريك : يعتبر جميع الشركاء في شركات التضامن مسؤولين عن ديون الشركة لا بالنسبة لحصتهم في رأسمال الشركة فحسب، بل وبجميع ثروتهم الشخصية. وتعتبر هذه المسؤولية غير محدودة وهي ركن أساسي في شركات الأشخاص. فقد نصت المادة 551 تجاري (للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة. فالتضامن هنا قانوني لا يجوز استبعاده حتى ولو اشترط الشركاء ذلك في عقد الشركة. يظل الشريك مسؤولا عن ديون الشركة مسؤولية شخصية وتضامنية عن الديون التي نشأت في ذمة الشركة .

مسؤولية الشريك في حالة خروجه أو انسحابه من الشركة

يعتبر الشريك مسؤولا عن ديون الشركة والتزاماها المعقودة قبل تاريخ انسحابه .أما فيما يتعلق بالديون والالتزامات التي عقدت بعد تاريخ انسحابه، فيقتضي لانتفاء المسؤولية عنه تطبيق هذا الأصل الذي يخضع لشرطين

-أن يكون قد تم شهر انسحابه من الشركة

-أن يرفع اسمه من عنوان الشركة إذا كان موجودا فيها. وفي حالة ما إذا بقي اسم الشريك المنسحب واردا في عنوان الشركة و لم يعترض على ذلك بقي مسؤولا قبل الغير عن تعهدات الشركة وقد وردت المادة 561 فقرة 2 والتي تقضي بعدم جواز الاحتجاج بها على الغير إلا بعد إتمام هذه الإجراءات وكذلك بعد النشر في السجل التجاري .

مسؤولية الشريك الجديد:

إن الموضوع الذي أثار الجدل في الفقه والاجتهاد هو مسؤولية الشريك الجديد عن ديون الشركة والتزاماها السابقة لتاريخ دخوله فيها. فهناك رأي يقول بمسؤولية الشريك الجديد عن جميع ديون الشركة والتزاماها السابقة لتاريخ دخوله فيها. ويستند هذا الرأي على أساس أن انضمام الشريك إلى الشركة وقبوله بمحض اختياره واشتراكه فيها بحالتها الراهنة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات. غير أنه يجوز أن يشترط الشريك الجديد في سند انضمامه إلى الشركة عدم مسؤولياها عن الديون السابقة على دخوله الشركة بشرط أن يتم شهره طبقا للإجراءات التي نص عليها القانون حتى يمكن الاحتجاج به على الغير ولا يكون للغير آثار للاحتجاج على هذا الشرط لأنه لا تأثير لهذا الشرط على الضمان العام للمتعاملين مع الشركة وقت أن تفاصل معها.

عدم قابلية الحصص للتداول تنص المادة 560 ق.ت.ج(لا يجوز أن تكون حصص الشركاء ممثلة في سندات قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضاء جميع الشركاء. ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن). ويستفاد من هذا النص أن المبدأ المذكور لا يتعلق بالنظام العام لذلك فقد أجاز المشرع الخروج عليه إما بموافقة جميع الشركاء إذا خلا عقد الشركة من نص صريح يمنح الشريك حق التنازل وفقا للشروط التي تضمنها العقد. وكنتيجة للمبدأ القائل بعدم قابلية حصة الشريك للانتقال، فإن شركة الأشخاص يجب أن تعتبر منحلة بسبب وفاة أحد

الشركاء لأن وفاة أحدهم يفقد الشركة ركنا أساسيا من أركان العقد مستمدا من عنصر الاعتبار الشخصي للشريك المتوفى.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 562 ق.ت.ج تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي ويعتبر القاصر والقصر من ورثة الشريك في حال استمرار الشركة غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم .

كذلك أجاز المشرع الجزائري أن ينص الشركاء في القانون الأساسي للشركة على استمرار الشركة في حالة إفلاس أحد الشركاء أو فقده الأهلية، وفي هذه الحالة يجب تعيين حقوق الشريك المفلس أو الفاقد أهلية ويتم تقدير قيمتها في يوم قرار عزله من الشركة. ويقدر القيمة خبير معتمد ومعين إما من قبل الأطراف وإما عند عدم اتفاقهم بأمر من المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة التي تقع في دائرة مركز إدارتها وكل شرط مخالف لا يحتج به ضد الدائنين (المادة 559 ق.ت.ج).وعلى الرغم من اتباع هذه الأحكام فإن التنازل عن الحصة لا يسري في مواجهة الغير إلا بعد اتخاذ إجراءات الشهر القانونية التي تقيد هذا التنازل .

المطلب الثاني : إدارة شركة التضامن

يلزم لاستغلال أموال الشركة وتسيير أمورها تعيين مدير أو أكثر للقيام بالأعمال القانونية التي تدخل في حدود غرضها وكذلك يلزم مراقبة سير إدارة الشركة حتى لا تنحرف عن غرضها .

تعيين المدير :

تقضي المادة 553 ق.ت.ج بأن تكون إدارة شركة التضامن لكافة الشركاء ما لم يشترط في القانون الأساسي على خلاف ذلك. ويجوز أن يعين في القانون الأساسي مدير أو أكثر من الشركاء أو غير الشركاء أو ينص على هذا التعيين بموجب عقد لاحق . ويختلف وضع المدير من تعيينه وسلطاته وعزله باختلاف ما إذا كان تعيينه في القانون الأساسي ويسمى في هذه الحالة بالمدير الإتفاقي، أو كان تعيينه باتفاق مستقل عن القانون الأساسي للشركة ويسمى بالمدير غير الاتفاقي. وللتمييز بين المدير الإتفاقي وغير الإتفاقي هو أن المدير الاتفاقي يعتبر جزءا من القانون الأساسي للشركة ويلزم لتغييره تعديل القانون الأساسي للشركة. بخلاف المدير غير الإتفاقي الذي يعين بعقد مستقل فيكون قابلا للتغيير دون حاجة إلى تعديل القانون الأساسي

للشركة. إلا أن اللوائح التي تنطبق في الجزائر بأنه أي تعديل سواء يتعلق بالمقر أو تغيير الشريك أو تغيير المدير يوجب تعديل العقد الأساسي للشركة وشهره.

سلطات المدير : الأصل أن يحدد القانون الأساسي للشركة عقد لتعيين المدير سلطات المدير وحدودها. إذا لم تعين سلطة المدير جاز له أن يقوم بجميع أعمال الإدارة والتصرف التي تدخل في غرض الشركة، وهذا ما أشارت إليه المادة 554 تجاري، وأيضا تكون الشركة الملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل موضوع الشركة وذلك في علاقتها مع الغير. ففي حالة تجاوز المدير غرض الشركة والقيام بتصرفات تضر بالشركة، فإنه يحق لكل شريك الاعتراض على هذه الأعمال بل يكون له الحق في طلب عزله قضائيا لسبب قانوني 559 فقرة 4 ق.ت.ج.

سلطات المديرين عند تعددهم: إذا كان للشركة عدة مديرين، وجب التمييز بين ثلاث حالات

أ) حالة ما إذا عين اختصاص كل من المديرين - كان يختص أحدهم بالشراء وآخر بالبيع حينئذ يجب على كل مدير أن يعمل في الدائرة المحددة له وإذا تعداها كان تصرفه غير نافذ في حق الشركة .

ب) في حالة ما إذا لم يعين اختصاص كل من المديرين و لم ينص على عدم جواز انفراد أي منهم بالإدارة . ففي هذه الحالة واجب على كل مدير أن يقوم وحده بأي عمل من أعمال الإدارة المختلفة كما أنه لكل من المديرين أن يعترض على العمل قبل إتمامه (المادة 554 الفقرة الأخيرة) من القانون التجاري الجزائري.

على أن حق الاعتراض ليس مطلقا، بل يجوز لأغلبية الشركاء المنتدبين أن يرفضوا هذا الاعتراض فإذا تساوى الجانبان كان الرفض من حق أغلبية الشركاء جميعا.(المادة 428 ق.م.ج).

ت) حالة ما إذا نص على أن يعمل المديرون بالإجماع أو بالأغلبية، حينئذ يلزم موافقة جميع المديرين أو موافقة أغلبيتهم على أنه يجوز الخروج على هذا الحكم وأن يقوم مدير منفردا بعمل من أعمال الإدارة دون حاجة لرضاء بقية المديرين إذا جد أمر عاجل يترتب عنه خسارة جسيمة لا تستطيع الشركة تعويضها. فيجوز لأحد المديرين مثلا أن يبيع البضائع

المعرضة للتلف أو أن يقوم بتجديد قيد رهن للشركة قبل فوات ميعاد التجديد إلى غير ذلك (المادة 428 الفقرة الأخيرة ق.م.ج) .

ومن الملاحظ أن شروط عقد الشركة المتعلقة بتوزيع السلطات بين المديرين أو بضرورة موافقة جميع المديرين أو موافقة أغلبيتهم تنتج أثرها قبل الشركة والشركاء، ولكنه لا يحتج بها على الغير إلا إذا اشتهرت بالطرق القانونية.

مسؤولية المدير قبل الشركة: على المدير شريكا كان أو غير شريك أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة وإدارتها ما يبذله الرجل المعتاد لأنه يتقاضى أجرا نظير إدارته يكون في الغالب مرتبا شهريا فضلا عن نصيبه في الأرباح ، ومن ثم يكون مسؤولا قبل الشركة عن أخطائه في الإدارة .

وفي حالة ما إذا تعدد المديرون كانوا مسؤولين قبل الشركة بالتضامن عن أخطائهم المشتركة، فيما بعض الحالات المنصوص عليها قانونا.ويلتزم المدير بأن يقدم للشركة حسابا مدعما بالسندات عن إدارته حتى يتسنى لهم مباشرة حقهم في الرقابة، والإشراف على أعماله والمقرر لهم بمقتضى المادة 558 ق.ت ج(للشركاء غير المديرين الحق في أن يطلعوا بأنفسهم مرتين في السنة في مركز الشركة على سجلات التجارة والحسابات والعقود والفواتير والمراسلات والمحاضر وبوجه العموم على كل وثيقة موضوعة من الشركة مستلمة منها. ويتبع حق الإطلاع الحق في أخذ النسخ. يمكن للشريك أثناء ممارسة حقوقه أن يستعين بخبير معتمد.)

كما أوجب المشرع التجاري بمقتضى المادة 557 أن يعرض التقرير الصادر عن عمليات السنة المالية وإجراء الجرد وحساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح والميزانية الموضوعية من المديرين على جمعية الشركاء للمصادقة عليها. والمدير أمين على أموال الشركة، فإذا بددها أو اختلسها كان مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ومتحملا المسؤولية الجنائية. وإذا كان الإفلاس بالتدليس يكون المدير مسؤولا مسؤولية جنائية.

مسؤولية الشركة أمام الغير عن أعمال المدير: تنص المادة 555 فقرة 1 (تكون الشركة ملزمة بما يقوم به المدير من تصرفات تدخل في موضوع الشركة وذلك في علاقاتها مع الغير)

كما تقضي المادة لا يحتج على الغير بالشروط المحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة.

من خلال هذا النص نرى أن الشركة باعتبارها شخصا معنويا تلتزم بكافة الأعمال القانونية لإدارة الشركة متى كانت في الحدود التي تدخل في غرضها فإذا جاوزها فلا تسأل الشركة عنها ولقد توسع المشرع بمسؤولية الشركة أمام الغير حسن النية عن أعمال المدير في جميع الأحوال حتى ولو تجاوز الاختصاصات المحددة له طالما كانت داخلة في حدود غرض الشركة .

كما أن مسؤولية الشركة لا تخص العقود والتصرفات التي يبرمها المدير فحسب بل تسأل أيضا عن الأعمال غير المشروعة التي يرتكبها المدير أثناء إدارته وتسبب ضررا للغير. فإذا ارتكب المدير عملا -منافسة غير مشروعة-أو غشا ماليا كانت الشركة مسؤولة مسؤولية تقصيرية عن تعويض هذا الضرر على أساس قواعد مسؤولية المشرع عن أعمال تابعة.

ويهدف المشرع من وراء ذلك إلى استقرار المعاملات القانونية وحماية للغير حسن النية بحيث كثيرا ما لا يجد الوقت كافيا للرجوع إلى العقد الأساسي للشركة أو عقد تعيين المدير لمعرفة سلطاتها.

رقابة الشركاء غير المديرين على إدارة الشركة: للشركاء حق الإشراف والرقابة استنادا إلى المادة 558 ق.ت.ج بموجبه يكون للشركاء غير المديرين الحق في أن يطلعوا بأنفسهم مرتين في السنة في مركز الشركة على سجلات التجارة والحسابات والعقود والفواتير والمراسلات والمحاضر . ومن واجب المشرع التجاري 557 أن يعرض التقرير الصادر عن عمليات السنة المالية وإجراء الجرد وحساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح والميزانية الموضوعية من المديرين على جمعية الشركاء للمصادقة عليها .

المبحث الثاني

شركة التوصية البسيطة

يرجع تاريخ شركات التوصية إلى عهد الرومان عندما كانت التجارة منبوذة من قبل الرومان وتركه للشعوب الخاضعة لسيطرة الرومان أو للأرقاء فقد كان الأغنياء من الرومان الذين حرمهم القانون من تعاطي التجارة باعتبارها مهنة غير شرعية، لا يليق بمركزهم الاجتماعي أن يتاجروا مما اضطر بعضهم إلى ممارسة التجارة بصورة مستترة .

يعود الأصل التاريخي لشركة التوصية البسيطة إلى القرن السادس قبل الميلاد عندما ابتكر الإغريق نظام القرض البحري والذي عليه القرض الذي يتضمن المخاطر الجسمية كان ربان السفينة ينتفي مع شخص يقرضها مبلغا من المال فيستعمله الربان في تجهيز السفينة وشراء البضائع مقابل اشتراط فائدة للقرض إذا عادت السفينة من رحلتها سالمة التزم الربان برد مبلغ القرض والفائدة أما إذا غرقت السفينة أو أصيبت بخسارة فإن المقرض لا يطالب الربان إلا بمبلغ القرض فقط.

ثم تطور هذا النظام فأصبح المقرض لا يشترط لنفسه فائدة ثابتة بل نسبة من الربح ثم نتج عن ذلك عقد الكومندا أو التوصية و وضع الثقة وانتشر هذا العقد أيضا في تجارة البرية بحيث كان يتم شكل مستمر كوسيلة للتحايل على تحريم الربا من طرف الكنيسة في القرون الوسطى فكانت طبيعة لإشراف ورجال الدين يقدمون رؤوس الأموال بمقتضى هذا العقد بتقديم المال إلى أحد التجار لكي يمارس التجارة ثم يقسم الطرفان الأرباح والخسائر بنسب يتفقان عليها في العقد شريطة ألا تتجاوز خسارة صاحب المال مقدار ما قدمه من أموال أما التاجر فيسأل عن الخسائر بأجملها وبدون تحديد.[1]

وقد أخذ النبلاء في فرنسا في القرون الوسطى عن الرومان هذا النوع من الشركات للأسباب نفسها التي وجدت من أجلها في القرون الأولى إذ لم يكن بإمكانهم أيضا بالنظر للتقاليد التي كانت تحرم عليهم تعاطي الأعمال التجارية -القيام بهذه الأعمال باسمهم.

[1] -د/رزق الله أنطاكي ود/ نهاد السباعي : الحقوق التجارية البرية – مرجع سابق – ص 353.

لذلك فقد كانوا يلجؤون للتعاقد مع أحد التجار لاستثمار أموالهم وسميت بالعقود التوصية لأن صاحب المال يوصي التاجر بموجبها القيام بتجارة معينة وانتقلت هذه التسمية إلى التشريع الحديث فأطلقت على شركات التوصية.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية عقدا شبيها بعقد التوصية سمي بعقد المضاربة وهو عبارة عن شركة يقدم أحد الشركاء فيها المال ولآخر العمل -وأطلق اسم المضاربة على هذا النوع من الشركات. وكان أهل الحجاز يسمونها المقارضة لأن الشريك بعمله يضرب في الأرض سعيا وراء الربح والشركة المضاربة بنظر الفقهاء هي التجارة.

إن شركات المضاربة تختلف عن شركات التوصية إذ تنحصر شركات المضاربة في رأسمال الشركة بعملية فقط. في حين يساهم الشريك الموصي في شركات التوصية في تكوين رأس المال بالمال المقدم من قبله، ولكن مسؤولياته تنحصر في حصته منه بالنسبة لديون الشركة.

المطلب الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وخصائصها

أولا : التعريف لم يعرف المشرع الجزائري شركة التوصية البسيطة كما فعلت بعض التشريعات وإن كان قد نص على بعض مميزات هذه الشركة إلا أن الفقه عرف شركة التوصية البسيطة بأنها(شركة تشمل فئتين من الشركاء أولهما فئة الشركاء المتضامنين الذين يحق لهم دون سواهم أن يقوموا بأعمالهم الإدارية وهم مسؤولون بصفتهم الشخصية ويوجه التضامن عن إيفاء ديون الشركة. أما الفئة الثانية فئة الشركاء الموصيين الذين يقدمون المال ولا يلزم كل منهم إلا بنسبة ما قدمه) ا. وتسري على شركة التوصية البسيطة الأحكام المتعلقة بعقد الشركات بوجه عام كما تنطبق عليها قواعد شركة التضامن ولكنها تنفرد ببعض الأحكام الخاصة بها بسبب وجود شركاء موصين فيها إلى جانب الشركاء المتضامنين

ثانيا:خصائص شركة التوصية البسيطة

وجود فريقين من الشركاء

1-شركاء متضامنين لهم نفس المركز القانوني الذي للشركاء في شركة التضامن فهم يكتسبون صفة التاجر ولهم حق في إدارة الشركة وتندرج أسماؤهم في عنوان الشركة ويسألون مسؤولية تضامنية ومطلقة عن ديوان الشركة 563 مكرر 2 فقرة أولى

2_شركاء موصين لا يكتسبون صفة التاجر وليس لهم الحق في الإدارة ولا تدخل أسماؤهم في عنوان الشركة ولا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود الحصة التي قدمها كل منهم ويراعى أن الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة يجب أن يسهم فيها بنصيب في رأس المال فلا يمكن أن يكون شريكا موصيا بمجرد عمله.

عنوان الشركة

تنص المادة 563 مكرر2 تجاري على ما يلي (يتألف عنوان الشركة من أسماء كل الشركاء المتضامنين أو من اسم أحدهم أو أكثر متبوع في كل الحالات بعبارات وشركاؤهم وإذا كان عنوان الشركة يتألف من اسم شريك موصى فيلتزم هذا الأخير من غير تحديد وبالتضامن بديون الشركة) .

فعنوان شركة التوصية يتألف إذن من أسماء الشركاء المتضامنين فقط ويجوز أن يتضمن أسماء جميع الشركاء المتضامنين أو اسم بعضهم أو اسم أحدهم فقط مع إضافة كلمة وشركاؤه وإذا كانت الشركة المؤلفة من شريك واحد متضامن ومن شركاء موصيين فإن القانون أجاز أن تضاف إلى اسم الشريك المتضامن كلمة وشركاؤه دون أن تنتج هذه الإضافة مسؤولية الشركاء الموصيين. وقد تكون هذه الإضافة ضرورية لتعريف الأعمال التي يقوم بها الشريك المتضامن باسم الشركة عن أعماله ذات الصفة الشخصية وإذا ورد في عنوان الشركة اسم أحد الشركاء الموصيين فإن صفة هذا الشريك تنقلب من شريك موصى إلى شريك متضامن ويصبح ملزما تجاه الغير بديون الشركة كباقي الشركاء المتضامنين.

صفة الشركاء الموصيين

إذا كان الشريك المتضامن يعتبر مسؤولا عن ديون الشركة بحصته في رأسمال الشركة وأمواله الخاصة، فإن الشريك الموصي لا يسأل عن ديون الشركة إلا بالنسبة لحصته فقط وينتج عن هذا الفرق الهام أن الشريك المتضامن يعتبر تاجرا بمجرد دخوله في الشركة، أما الشريك الموصي فأن اتخاذه هذه الصفة وحدها لا يكفي لاعتباره تاجرا ولذلك أجاز المشرع للشخص الذي لم يبلغ التاسعة عشرة من عمره أن يدخل بصفة شريكا موصيا في شركات التوصية ولما كان الدخول في شركة التوصية بصفته شريكا موصيا لا يعتبر من قبل احتراف التجارة، فإنه يجوز للأشخاص الذين حرموا من حق ممارسة التجارة بسبب الوظيفة التي يشغلونها أو المهنة التي

يمارسونها أن يدخلوا كشركاء موصيين في شركة التوصية كما أن الشريك الموصي لا يلزم بتقيد اسمه في السجل التجاري ولا يملك الدفاتر التجارية ولا يخضع لنظام الإفلاس. وينتج عن اختلاف صفة الشريك الموصي والشريك المتضامن عدة نتائج أهمها:

1 -يتحمل الشريك الموصي نتائج العمل المشترك فإذا ربحت الشركة أخذ قسما من هذا الربح فهو مسؤول عن قسم من الخسارة في حدود حصته.

2- تندمج حصة الشريك الموصي برأسمال الشركة وينقلب حقه بسبب هذا الاندماج من حق عيني إلى حق شخصي وعند انقضاء مدة الشركة أو انحلالها و إجراء قسمتها عند انتهاء التصفية لا يحق له المطالبة بما قدمه عينيا بل يأخذ من موجودات الشركة حصته ويختلف مقدارها تبعا لنتائج التصفية .

3_إذا أفلست الشركة فإنه لا يحق للشريك الموصى أن يشترك في التفليسة لأنه شريك الموصى خاطر بحصته فقط ولا يسأل إلا بحدود الحصة التي قدمها [1] .

4_يحق للموصي باعتباره شريكا أن يطلع على حسابات الشركة إطلاعا كليا دون أن يتدخل في إدارتها وهذا الحق منحه له المشرع في المادة 563 مكرر 6 (وله حق الإطلاع مرتين خلال السنة) .

المطلب الثاني: إدارة شركة التوصية البسيطة

تسري على شركة التوصية البسيطة الأحكام التي سبق ذكرها عند دراسة شركة التضامن فيما يتعلق بإدارة الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر وتعديل عقد الشركة بيد أنه يحظر على الشركاء الموصيين التدخل في إدارة الشركة كما أن الشركاء الموصيين من جهة أخرى لا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر حصصهم فيها

أولا: الحظر على الشريك التدخل في إدارة الشركة تنص المادة 563 مكرر 5 فقرة 1

(لا يمكن للشريك الموصي أن يقوم بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة).

يستفاد من هذا النص أن الشريك الموصي لا دخل له في إدارة الشركة فلا يجوز له أن يقوم بعمل من أعمال الإدارة أو أن يكون مديرا للشركة وإنما يجب أن تكون الإدارة لأحد الشركاء

1 - د/ أكثم أمين الخولي : الموجز في القانون التجاري – مرجع سابق – ص 503.

المتضامنين أو لشخص أجنبي عن الشركة وإذا لم يعين مدير لشركة التوصية كانت الإدارة للشركاء المتضامنين وحدهم.

وحكمة المشرع من الحظر هي حماية الغير كما هو الشأن في قاعدة منع ذكر اسم الموصى في عنوان الشركة إذ قد ينخدع الغير في حقيقة مركز الموصى فيعتقد أنه شريك متضامن مسؤول مسؤولية غير محدودة عن ديون الشركة فيوليها ائتمانا كبيرا اعتمادا على أمواله ثم يتبين بعد ذلك أنه موصى لا يسأل إلا في حدود حصته وكذلك حظر المشرع على الموصى التدخل في إدارة الشركة ليدفع هذا الخطأ الذي يقع فيه الغير .

وهناك من يقول بأن الحكمة من هذا الحظر هي حماية الشركاء المتضامنين حتى لا يقوم الشركاء الموصون بقيام بعمليات ومضاربات خطرة اعتمادا على مسؤولياتهم المحدودة عنها بقدر حصصهم بينما يسأل عنها الشركاء المتضامنون بصفة مطلقة في أموالهم الخاصة .

ثانيا: نطاق الحظر إن الهدف من الحظر هو حماية الغير الذي يتعامل مع الشركة فإن الممنوع والمحظور على الموصى هو القيام بأعمال الإدارة الخارجية أما أعمال الإدارة الداخلية التي تجري داخل الشركة والتي ليس من شأنها أن توقع الغير في الخطأ في حقيقة مركز الموصى والتي لا تخرج عن كونها استعمالا لحقه كشريك فيجوز للموصى مباشرتها كأن يشترك في تعديل عقد الشركة أو في عزل المدير أو في تعيين مدير جديد .

وللشريك الموصى إبداء الملاحظات والنصائح للمدير ويجوز للموصى أن يشغل بعض وظائف الشركة شرطة ألا تحول صفته في تمثيل الشركة أمام الغير كأن يعمل بها بصفته كمهندس أو محاسب.

ثالثا :جزاء مخالفة الحظر

إذا قام الموصى بعمل من أعمال الإدارة الخارجية خلافا للحظر المفروض عليه فما هو جزاء هذه المخالفة ؟

تنص المادة 563 مكرر 5 فقرة 2 (في حالة مخالفة هذا المنع يتحمل الشريك الموصى بالتضامن مع الشركاء المتضامنين ديون الشركة والتزاماتها المترتبة عن الأعمال الممنوعة ويمكن أن يلتزم بالتضامن بكل التزامات الشركة أو بعضها فقط حسب عدد أو أهمية الأعمال الممنوعة). ويتضح من النص بأن لا يسأل الشريك الموصى عن العمل الذي قام به في حدود حصته

فحسب بل في أمواله الخاصة كذلك كما لو كان شريكا متضامنا أما غير هذا العمل فلا يسأل عنه الموصى إلا بقدر حصته .

وإذا تكرر تدخل الموصى في أعمال الإدارة الخارجية المحظورة جاز اعتباره مسؤولا على وجه التضامن عن جميع ديون الشركة ولو لم تكن ناتجة عن الأعمال التي أجراها [1] .

نلاحظ أن مسؤولية الموصى على وجه التضامن بسبب تدخله في الإدارة الخارجية واعتباره بمثابة شريك متضامن إنما يكون في العلاقة ما بين الموصى والغير أما بالنسبة إلى الشركاء فيظل الموصى محتفظا بصفته كشريك موصى لا يسأل إلا في حدود حصته ويجوز له أن يرجع عليهم بما دفعه للغير زائدا عن حصته إن كان قد باشر العمل بناء على توكيل من بقية الشركاء، أو إذا استفادت الشركة من هذا العمل طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب ومراد ذلك أن الحظر مقرر لمصلحة الغير لا لمصلحة الشركة أو الشركاء .

المبحث الثالث

شركة المحاصة

أضاف المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي الصادر سنة 1993 نوعا آخر من الشركات التجارية وأدرجها في فصل مستقل عن شركات الأشخاص وعن شركات الأموال. ونظرا لعدم خضوعها لأي شكل من الأشكال التي ذكرت، عنها فهي شركة تجارية بحسب الموضوع وليس بحسب الشكل.

فقد جاءت المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة سنة 1673 خالية من أي تنظيم لها، غير أن التقنين الفرنسي الصادر سنة 1807 نظمها بأحكام وإن كان واضعوها قد اختاروا لها تسمية جمعية المحاصة. لكن هذه التسمية انتقدت على أساس أن الجمعية تتنافى طبيعتها مع غرض الشركة المتمثل في الربح والمضاربة في حين أن شركة المحاصة تتكون قصد تحقيق الربح.

وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا الانتقاد بعين الاعتبار وعند وصفه لقانون الشركات الجديد الصادر سنة 1966 حذفت تسمية جمعية المحاصة واستعمل لأول مرة اسم شركة المحاصة [2]

[1] -د/ مصطفى كمال طه: الشركات التجارية – مرجع سابق – ص 12i.

[2] -حض المشرع الفرنسي شركة المحاصة بالفصل السابع من الباب الأول من تقنين الشركات الصادر عام 1966 وأفرد لها أربع مواد هي مواد من 419 إلى 422 ثم عاد سنة 1978 ونظمها في القانون المدني في المواد من 1871 إلى 1873 Y. Chartier Remarque sur la société en participation R.T.D.C.1979.P.637.

المطلب الأول : تعريف شركة المحاصة وخصائصها

أولا: تعريف شركة المحاصة

المحاصة في اللغة مأخوذة من الكلمة حصّ والحصة جمعها حصص وتعني النصيب .

عرف الفقه شركة المحاصة بأنها عبارة عن عقد يتمخض عنه شركة مستترة ليس لها وجـود أو ذاتية على السطح، وإنما تقوم فقط في العلاقة بين المتعاقدين الشركاء. ويقوم بإدارتها وأعمالها أحد الشركاء أو أكثر باسمه ويبدو للغير وكأنه يتعامل لحسابه الخاص. ولقد نصت المادة 795 مكرر 1 يجوز تأسيس شركات المحاصة بين شخصين طبيعيين أو أكثر تتولى إنجاز عمليات تجارية.

ويتضح من هذا النص أن الشركة تنشأ بين الأشخاص الطبيعيين فقط ولها الصفة التجارية

ثانيا: خصائص شركة المحاصة

1) تعتبر شركة المحاصة من شركات الأشخاص. فهي تتكون من أشخاص يعرف بعضهم بعضا، وتتوافر الثقة بينهم، وتنقضي الشركة بوفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه، أو انسحابه ما لم يقضي عقد الشركة بخلاف ذلك.

ولا يمكن تمثيل حقوق الشركاء بسندات قابلة للتداول. ويعتبر كل شرط مخالف كأن لم يكن. المادة 795 مكرر 5 ق.ت.ج.

2) شركة مستترة : أي أنه ليس لها وجود تجاه الغير وأن ما يقوم به الشركاء من أعمال تعود نتائجها القانونية على شخص الشريك لا على مجموع الشركاء .ولقد أشارت المادة 795 مكرر 4 يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم .

3) لا يعتبر الشريك المحاص تاجرا ما لم يقم بعمليات تجارية بنفسه.

4) انعدام الشخصية المعنوية : إن ما يميز شركة المحاصة عن غيرها من الشركات هو أن اتفاق الشركاء لا يخلف شخصا معنويا مستقلا عنهم المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري أن الشركة المحاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية على خلاف سائر الشركات التجارية والمدنية [1] .

---

[1] -محمود مختار أحمد: قانون المعاملات التجارية السعودي – معهد الإدارة العامة الرياض -1973- ص 154.

ينتج عن ذلك أمور كثيرة أهمها

- ليس لشركة المحاصة اسم تجاري، أو عنوان، أو مركز، أو جنسية
- ليس لشركة المحاصة تجاه الغير رأسمال خاص بها. ولذلك يبقى كل شريك مالكا للحصة التي قدمها إلا إذا جرى اتفاق على خلاف ذلك
- لا تقبل الدعوى المقامة باسم الشركة لا يجوز مقاضاتها، بل تقام الدعوى من الشريك أو عليه بصفته الشخصية .
- لا يمكن شهر إفلاس الشركة، بل يترتب على التوقف عن دفع الديون إفلاس الشريك الذي تعاقد مع الغير إذا كانت له صفة التاجر.
- وعلى اعتبار أن شركة المحاصة ليس لها اعتبارية ولا ذمة مالية مستقلة، فلا يجوز الحكم بتصفيتها .

المطلب الثاني : تكوين شركة المحاصة وإدارتها

أولا : تكوينها

تتكون شركة المحاصة بضرورة توافر الشروط الموضوعية العامة وفيما يتعلق بالشروط الشكلية استثنى المشرع هذا النوع من الشركات. لا يتطلب الشكل الكتابي الرسمي أو العرفي عند إبرام العقد بين الشركاء إنما يتم الاتفاق بإحدى الافتراضات التالية :

- قد يحتفظ كل شريك بملكية وحيازة الحصة التي تعهد بتقديمها على أن يقوم باستثمارها في حدود الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة. ثم يقتسم مع باقي الشركاء الأرباح والخسائر الناتجة عن استثمار جميع الحصص [1].
- قد يتفق الشركاء على أن تكون حصصهم ملكا شائعا فيما بينهم، ويجب أن يكون هذا الاتفاق صريحا. وإذا لم يتفق الشركاء على طريقة لتنظيم ملكية الحصص، تقضي القاعدة بأن يحتفظ كل شريك بملكية حصته. لأن الشركة ليس لها ذمة مالية .

ثانيا : إدارة شركة المحاصة

تتم إدارة الشركة بإحدى الطرق التالية :

[1] -محمد فريد العريني : الشركات التجارية – مرجع سابق – ص 186.

- قد يتفق الشركاء على اختيار أحدهم أو غيرهم لمباشرة أعمال الشركة وتحقيق الغرض الذي نشأت من أجله، يطلق عليه اسم مدير المحاصة. يقوم بهذه الأعمال باسمه ويتعامل مع الغير بصفته الشخصية، فيكون وحده المسؤول تجاه الغير.

لا يعد نائبا عن الشركة ولا وكيل عن الشركاء. وهنا لا تنشأ أية علاقة مباشرة أو غير مباشرة بين الغير وباقي الشركاء، لأنه لم يتعاقد معهم أو باسم الشركة . غير أن المدير يعود على باقي الشركة استنادا إلى عقد الشركة .

- قد يتفق الشركاء على أن يقوم كل شريك بجزء معين من نشاط الشركة، شريطة أن يتقدم كل منهم بتقرير مفصل عن نشاطه بعد مدة معينة يحددها العقد، حتى يتسنى لهم تقدير أعمالهم. ويعمل كل شريك باسمه ولحسابه الخاص ويكون وحده مسؤولا أمام الغير الذي يتعامل معه حتى ولو كشف عن أسماء باقي الشركاء، هذا ما نصت عليه المادة 795 مكرر 4 يتعاقد كل شريك مع الغير باسمه الشخصي ويكون ملزما وحده حتى في حالة كشفه عن أسماء الشركاء الآخرين دون موافقتهم

- قد يتفق الشركاء على إدارة الشركة جميعا، عندئذ تبرم العقود بأسماء كل الشركاء ويلتزمون جميعا أمام الغير فيسألون على وجه التضامن تبعا للقاعدة العامة التي تفترض وجود التضامن عند تعدد الأعمال التجارية وتعدد المدنيين. وفي هذه الحالة تقترب شركة المحاصة من شركة الواقع [1].

أوجه الاختلاف بين شركة المحاصة وشركة الفعلية

1- شركة المحاصة شركة خفية ، لا تتمتع بالشخصية المعنوية وليست مطالبة بالقيد بالسجل التجاري والإشهار شركة الفعلية الأصل هي مطالبة بالقيد بالسجل التجاري والأشهر إلا أنها لم تقم بهذه الإجراءات .

2-الشركة الفعلية تتعامل على أساس أنها شركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية . أما الشركة المحاصة لا تقوم على هذا الأساس تتعامل مع الغير من خلال أحد الشركاء كشخص طبيعي .

[1] -د/ حاك يوسف الحكيم : الشركات التجارية – مرجع سابق – ص 314.

ونميز بين حالة الإقرار أو الكشف فهناك الكشف الواقعي والكشف القانوني. فالكشف الواقعي لا يؤدي إلى إحداث آثار قانونية سواء بالنسبة لطبيعة الشركة أو لمسؤولية الشركاء المحاصين لأن الكشف يعد مجرد إعلام للغير عن وجود الشركة .

فالكشف الواقعي لا يؤثر على طبيعة الشركة كشركة محاصة ولا يترتب عنه أية حقوق مباشرة في مواجهة الشركاء ذلك لأن الشريك يتعاقد باسمه الشخصي ولا يشترك معه باقي الشركاء في التوقيع فهو ملزم أمام الغير الذي يتعامل معه حتى ولو قام بالكشف لأن شركة المحاصة ليست شركة سرية، وإنما هي شركة خفية occulte والخفاء هنا قانوني .

أما الكشف القانوني هو الذي يرتب آثارا بالنسبة لطبيعة الشركة. والشركاء على حد سواء وهو الذي يظهر به الشركة كشخص معنوي وذلك عن طريق اتخاذ إجراءات الشهر والنشر واتخاذ عنوان

المبحث الرابع
الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يمكن القول بأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة من أحدث الشركات التجارية من حيث الظهور، إذ يرجع أصل نشأتها إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر. حيث عرفت هذه الشركة في التشريع الألماني سنة 1892 ونقلها عنه المشرع الفرنسي سنة 1925 كما نص عليها قانون الشركات الفرنسي سنة 1966. وقد قنن المشرع الجزائري في القانون التجاري سنة 1975 أحكام شركات ذات المسؤولية المحدودة . وخصص لها المواد من 564 إلى 591 تجاري.

عرفت المادة 564 تجاري الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/9 الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة (تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص وإذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم الأشخاص كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحددة).

يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة جمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل. وتعين بعنوان للشركة يمكن أن يشمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر على أن تكون هذه التسمية مسبوقة أو متبوعة بكلمات (شركة ذات مسؤولية محدودة) أو الأحرف الأولى منها أي (ش م م) وبيان رأسمال الشركة .

المطلب الأول : الطبيعة القانونية حول شركة ذات المسؤولية المحدودة وخصائصها

أولا : الطبيعة القانونية

اختلف الفقه في تحديد مكانة هذه الشركة هل هي من شركات الأشخاص أم من شركات الأموال التي لا تتأثر مطلقا لاعتبار الشخص في تكوينها .

الرأي الأول : يدعم الفكرة اعتبار الشخص ويتمثل هذا الاعتبار في أن الشركة تتألف من عدد محدود من الشركاء يعرفون بعضهم بعضا ويدخلون في الشركة على أساس الثقة المتبادلة بينهم بعكس شركات الأموال .

لا ينقسم رأس مال الشركة إلى أسهم وإنما إلى حصص غير قابلة للتداول.

ولقد أبدى الأستاذ روبير الرأي القائل بأن موضع الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي قسم من شركات الأشخاص .

الرأي الثاني : الذي يتزعمه الأستاذ أسكار أنها شركة خليط بين شركة الأموال وشركات الأشخاص مدعمين رأيهم بالحجج التالية:

1)إن مسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تتجاوز حصتهم من رأس المال .

2)إن الشريك فيها لا يعتبر تاجرا بمجرد دخوله في الشركة .

ويستنتج من ذلك بأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة تمتاز بخصائص خليط بين شركات الأشخاص و شركات الأموال وهي وسط بين النوعين .

ثانيا: خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة :

1)هي شركة تجارية .

2)إن مسؤولية كل شريك محدودة بحصته دون ذمته الشخصية .

3)حصص الشركاء ليست حرة للتداول بصفة أساسية، وإنما عن طريق التنازل بعقد موثق.

4)يجوز أن تنتقل عن طريق الميراث كما أنه يمكن إحالتها بكل حرية بين الأزواج والأصول والفروع المادة 570 ق ت ج

5) اسم الشركة يستمد عادة من غرضها .

6)الحد الأدنى لرأس المال 100000 د.ج حسب المادة 566 تجاري .

7)الحد الأقصى لعدد الشركاء لا يتجاوز 20 شريكا المادة 590 ق.ت.ج .

9)الرسمية في عقد الشركة كما أنه لا ثبات لحالة الحصص إلا بعقد رسمي. ولا يسوغ الاحتجاج على الشركة أو الغير إلا بعد إعلام الشركة بها أو بقبولها للإحالة بعقد رسمي المادة 572 ق.ت.ج.

قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 101371 بتاريخ 1992/6/21 ش.ذ.م.م - إحالة حصصها بين الأصول - يحرم الشركاء الآخرين حق الشفعة (المادة 570) ق.ت .ج

من المقرر قانونا أنه يمكن إحالة حصص الشركاء بكل حرية بين الأزواج والأصول ، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بانعدام الأساس يستوجب رفضه .

ولما كان من الثابت -قضية الحال - أن الحصص المحالة تمت بين الأصول بموجب عقد رسمي ، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لممارسة حق الشفعة عليها طبقوا تطبيقا سليما .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

المطلب الثاني : تكوين الشركة وإدارتها

أولا: تكوين الشركة تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة كغيرها من الشركات بذكر البيانات الجوهرية للشركة كغرض الشركة و أسماء الشركاء ومقدار رأس المال ومدتها وأسماء المدير والمسير للشركة.

إذا يخضع التأسيس للعقد الرسمي بتوافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة وكذلك الشروط الشكلية

الشروط الموضوعية الخاصة

1-الشركاء : اشترط المشرع الجزائري عدد الشركاء ألا يتجاوز 20 (المادة 590) تجاري . وفي حالة تجاوز عدد الشركاء 20 وجب تحويلها إلى شركة مساهمة في أجل سنة واحدة وعند عدم حدوث ذلك تنحل الشركة ما لم يصبح عدد الشركاء في تلك الفترة من الزمن مساويا لعشرين شريكا أو أقل

2-الرضاء : لقد اشترط المشرع الجزائري لضمان حصول الرضاء صحيحا أن يتولى إبرام عقد تأسيس الشركة جميع الشركاء بأنفسهم أو بواسطة وكلاء يثبتون تفويضهم الخاص بذلك المادة565 ق.ت.ج.

3-غرض الشركة ومدها : اعتبر المشرع الجزائري الشركة ذات المسؤولية المحدودة تجارية بحسب الشكل بغض النظر إذا كانت مدينة أو تجارية، ويجب أن يكون الغرض مشروعا وغير مخالف للنظام العام والأدب. ويجب أن يتفق الشركاء في العقد على مدة الشركة ولا يجوز أن تتجاوز هذه المدة أكثر من 99 سنة المادة 546 ق.ت.ج.

4-الالتزام بالوفاء برأس مال الشركة : نصت المادة 566 ق.ت.ج.لا يجوز أن يكون رأسمال الشركة ذات المسؤولية المحدودة أقل من 100000 د.ج . وينقسم الرأسمال إلى حصص ذات قيمة اسمية متساوية مبلغها 1000 د.ج على الأقل .

أنواع الحصص : قد تكون مبلغا من النقود كما يجوز أن تكون عينا ولكن لا يجوز أن تكون عملا وهذا ما أشارت إليه المادة 567 ق.ت.ج .

الحصص العينية : تلك التي تقوم ماديا كالبضائع والآلات وقد تكون عقارات مثل قطعة أرض لبناء الشركة أو مباني كأحد الشقق السكنية تتخذها الشركة مركزا لها. وأجاز المشرع الجزائري المساهمة بالحصص العينية في تكوين الشركات ذات المسؤولية المحدودة ووجب الوفاء بهذه الحصص بالكامل عند تأسيس الشركة وتنظيم إجراءات تقويم الحصص العينية ووضع الضمانات التي تحمي المتعاملين مع هذه الشركة .

كما أشارت المادة 568 ق.ت.ج. على أنه يجب أن يتضمن القانون الأساسي ذكر قيمة الحصص العينية المقدمة من الشركاء ويكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة وتقدير الحصة العينية يجب أن يتم عن طريق خبير معتمد لدى المحكمة .

قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 25642 بتاريخ 1982/5/8 قضية (خ ع) ضد (خ ع) تنازل - حصص في شركة - الشكل القانوني - الرسمي
(المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 572 ق.ت.ج)

متى كان أحكام المادة 12 من الأمر رقم 07-91 المؤرخ في 1970/12/15 تشترط اخضاع العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان وكانت أحكام المادة 572 ق.ت هي الأخرى تنص على امكانية اثبات إحالة حصص إلا بموجب عقد رسمي ، فإنه لا ينبغي القضاء بما يخالف هذا المبدأ القانوني الصريح .
إن لمجلس القضائي عندما صرح الاتفاق الشفوي المتضمن تنازلا عن الحصص في شركة فإنه لم يلتزم بتطبيق القانون وعرض ما قضى به إلى النقض والإبطال.

الشروط الشكلية الرسمية : يشترط الرسمية أي كتابة الرسمية حسب المادة 545 والإشهار حسب المادة 548 ق.ت.ج.والقيد بالسجل التجاري حسب المادة 549 ق.ت.ج .

ثانيا: إدارة الشركة

تعيين المدير : يتعين المدير في عقد تأسيس للشركة ويجوز أن يعين أكثر من مدير . والمدير قد يكون شريكا من بين الشركاء وقد يكون غريبا عن الشركة .

ويتخذ قرار التعيين بأغلبية الذين يمثلون أكثر من نصف رأسمال الشركة وإذا لم تحصل الأغلبية في المداولة الأولى تأخذ الأغلبية بعدد الأصوات مهما كان مقدار جزاء رأس المال الممثل ما لم ينص القانون بخلاف ذلك المادة 582 ق.ت.ج.

سلطة المدير : تنص المادة 577 من القانون التجاري يحدد القانون الأساسي سلطات المديرين في العلاقات بين الشركاء وعند سكوت القانون الأساسي تحددها المادة 554 أعلاه وفي العلاقات مع الغير، للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون إخلال بالسلطات التي يمنحها القانون صراحة للشركاء. فإن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير التي لم يمنحها القانون صراحة للشركاء فإن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير .

نلاحظ أن المدير له سلطة كاملة في إدارة شؤون الشركة على أن سلطته هذه تحددها المبادئ الآتية :

1-عقد الشركة

2-سلطة المدير في التعامل مع الغير تكون تصرفاته نافذة في حق الشركة حتى ولو تجاوز اختصاصاته، لكن لا يجوز للغير أن يحتج في حالة ثبوت علمه أن تصرفات المدير معه تتجاوز اختصاصاته المنصوص عليها في العقد الأساسي للشركة .

3-طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن المدير وهو وكيل عن الشركة عليه أن يكون حريصا على ازدهارها وتطويرها.

4-إذا تعدد المديرون دون أن يتعين اختصاص كل منهم كان لكل منهم أن يقوم منفردا بأي عمل من أعمال الإدارة ولا أثر لمعارضة أحد المديرين لتصرفات مدير آخر تجاه الغير ما لم يقم الدليل على أنهم كانوا على علم بها المادة 577 الفقرة الأخيرة .

مسؤولية المدير:

1- المسؤولية المدنية :يسأل المدير عن أخطائه في الإدارة لأن أعماله التي يجريها لحساب الشركة في حدود سلطته، تنصرف آثارها إلى الشركة. المادة 578 تجاري .

يكون المديرون مسؤولين على مقتضى قواعد القانون العام منفردين أو بالتضامن حسب الأحوال تجاه الشركة أو الغير سواء عن مخالفات أحكام هذا القانون أو عن مخالفة القانون الأساسي أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم .

وبموجب هذا النص يسأل المدير عن أخطائه التي ارتكبها في حق الشركة. وفي حالة تعدد المديرين يسألون مسؤولية تضامنية عن أخطائهم ما لم يعترض أحدهم ويبث معارضتهم قبل إتمام العمل الذي تولّد عنه الضرر للشركة أو الغير .

و من الأمثلة على أخطاء المدير : عدم تنفيذ المدير للأحكام التي ينص عليها قانون التأمينات الاجتماعية _ وكذلك المخالفة لأحكام القانون الخاص بالضرائب والتراخيص والنظافة والوقاية وأمن العمال وغير ذلك .

قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة الاستعجالية في المواد التجارية ملف رقـــم 102227 بتاريخ 1995/01/30 قضية (ع خ - م ش) ضد (ف د) غلق شركة - تجاوز الشريك المسير صلاحياته - ثبوت الضرر - توفر عنصر الاستعجال .

(المادة 186 ق. إ م)

من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق .

ولما تبين - في قضية الحال - أن غلق الشركة من طرف الشريك المسير دون موافقـــة بقيـــة الشركاء وثبوت استمرار التعدي يشكل ضررا محدقا ومؤكدا يهدد حقوق بقية الـــشركاء ولما تمسك قضاة المجلس باختصاصهم في النزاع لتوافر ركن الاستعجال فإنهم يكونون قـــد طبقوا القانون تطبيقا سليما

2- مسؤولية المدير الجنائية :نظم المشرع الجزائري الأحكام الجزائية التي تتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة في المواد 800 إلى 805 تجاري أجازت هذه المواد معاقبة المدير الذي يتعمد توزيع أرباح صورية بين الشركاء بدون جرد أو بواسطة جرد بعقوبة السجن لمدة تتراوح مـــن سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 2000د.ج إلى 20000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين . كما تنص المادة 802 ق.ت.ج بحبس من شـــهر إلى ثـــلاث أشـــهر وبغرامـــة 20000 -200000د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين المديرون الذين لم يعملوا على انعقـــاد الجمعيـــة العامة للشركاء في أجل ستة أشهر.

3- مسؤولية المدير في حالة إفلاس الشركة : طبقا لأحكام القواعد العامة للمـــسؤولية تـــنص المادة 578 فقرة 2 ق. ت.ج(لا يجوز للمحكمة إذا أسفر تفليس شركة عن عجز فيما لها من الأموال أن تقرر بطلب من وكيل التفليسة حمل الديون المترتبة عليها على نسبة القـــدر الـــذي يعنيه ما على كاهل المديرين سواء أكانوا من الشركاء أم لا، أو من أصحاب الأجـــور أم لا، وإما على كاهل الشركاء أو بعض الشركاء أو المديرين على وجه التضامن بينـــهم أو بدونـــه، بشرط أن يكون الشركاء فيما يتعلق بهم قد شاركوا بالفصل في إدارة الشركة .

المطلب الثالث : المؤسسة ذات الشخص الوحيد و ذات المسؤولية الوحيدة

أولا : نشأة الشركة

إن عقد الشركة بصفة عامة ينص على الحد الأدنى لعدد الشركاء عند تأسيس الشركة وهذا يؤكد الفكرة العقدية للشركة ولكن هناك قوانين أخذت بفكرة الشخص الواحد وقد تسمى بالمشروع أو المؤسسة الفردية. في هذه الحالة يجوز أن يخصص الفرد جزءا من ذمته المالية لاستثمارها في عمل تجاري على شكل مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة وتكون مسؤولياته عن أعمال الشركة بقدر رأس المال المخصص لتلك المؤسسة.

وظهرت شركة الشخص الواحد في القانون الألماني لعام 1980 والقانون الفرنسي لعام 1985 وفي بلجيكيا سنة 1987 [1].

أما بالنسبة للدول العربية فكانت الجزائر هي السباقة حيث ظهر هذا النوع من الشركات بموجب الأمر 9 -11-1996 في المادة 13 تعدل وتتم المادة 564 فقرة 2 ق.ت.ج (إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخصا واحدا كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة) ويتمثل تكوين الشركة في قيام شخص بإرادته المنفردة في التأسيس المباشر للشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك نتيجة اجتماع حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة . وقد تعرض المشرع الجزائري لهذه الطريقة الواقعية في المادة 590 ق.ت.ج والتي تنص لا تطبق أحكام المادة 441 من القانون المدني والمتعلقة بالحل القضائي في حالة اجتماع كل حصص شركة ذات مسؤولية محدودة في يد واحدة.

وقد اعترف المشرع الجزائري بشركة الشخص الواحد لعدة اعتبارات ومن أهمها تشجيع المشروعات الفردية الناشئة عن طريق الإرادة المنفردة في إنشاء شخص معنوي كما أنها تصبو إلى تحقيق مبدأ سلطات الإرادة الذي يخول للأشخاص الحرية التامة في إنشاء المشاريع الاقتصادية بحيث لا يقتصر على العقد فقط في إنشاء المشروعات وإنما للإرادة المنفردة الحرية الكاملة في إنشاء هذه المشروعات والابتعاد عن الشريك لأنه غالبا ما تنشأ شركات المالك الحقيقي لها وهو شخص واحد وما الآخر إلا شريك وهمي .

---

[1] – د/ نادية فوضيل : شركات الأموال في القانون الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – 2003– ص 100

القصد من هذا الشريك التحايل على المادة 188 من القانون المدني التي تنص على أن (جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ومن ثم لا يجوز تخصيص جزء من الذمة مستقل عن ذمة الشخص الكاملة. ومن أجل ذلك فقد قرر المشروع للإرادة المنفردة الحق والحرية الكاملة في إنشاء شخص واحد على شكل شركة ذات مسؤولية محدودة وهذا ما تنص عليه المادة 15 من المرسوم المذكور أعلاه

(يجوز إنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة بشخص واحد)

ومن هنا فإن التشريعات لم تحدث شركة جديدة وإنما أقرت تحويل شركة قائمة أو إنشاء شركة حسب شكل شركة قديمة وهي شركة ذات مسؤولية محدودة .

ثانيا: خصائص الشركة

1 - تنشأ من طرف شخص واحد ولها شخصية معنوية .

2- إن مسؤوليات الشريك الوحيد محدودة فلا يسأل إلا في حدود ما قدمه من رأس مال فلا تتعدى مسؤولياته تجاه الغير إلى ذمته المالية الشخصية .

3-تسمى هذه الشركة بمؤسسة الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة

4- لا يجوز للشخص الطبيعي أن يكون وحيدا إلا في شركة واحدة ذات مسؤولية محدودة المادة 590 مكرر 2 تجاري .

5- إن نشاطها وتصفيتها وانحلالها تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها شركة المسؤولية المحدودة.

المبحث الخامس
شركة المساهمة

هي الشركة التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي، بل على الاعتبار المالي. ليست العبرة بشخصية الشريك، وإنما بما يقدمه كل شريك من حصة مالية لذلك فإن حصة الشريك فيها تسمى بالسهم وهي قابلة للتداول بطرق سريعة وسهلة دون أن يتوقف على قبول من الشركة أو الشركاء. فينتقل السهم بطريق التسليم إذا كان للحامل، أو بطريق القيد في دفاتر الشركة إذا كان اسميا .

يرجع تأسيس أول شركة مساهمة إلى أواخر القرون الوسطى، حيث أسست عام 1407 في مدينة جنوة بإيطاليا شركة مساهمة سميت (مصرف سان جورج)والغرض منها إقراض جمهورية جنوة المال اللازم لها. وكان من نتائج اكتشاف القارة الأمريكية والتوسع الاستعماري، انتقال فكرة شركات المساهمة من إيطاليا إلى غيرها من الدول الأوروبية، فتأسست في بريطانيا في 1599/12/31 شركة الهند الشرقية المساهمة برأسمال قدره 70000جنيها قسم إلى أسهم قابلة للتداول بقيمة 50 جنيها للسهم الواحد . نجحت هذه الشركة مما حذا بهولاندا عام 1602 م إلى إنشاء شركة مساهمة شبيهة بها. وسلكت فرنسا الطريقة نفسها في سنة 1664 الشركة الفرنسية للهند الشرقية وأجازت للماك الإيقوسي الشهر لاد سنة 1716 بإنشاء شركة مساهمة لتقاضي الأعمال المصرفية ، حيث كانت الشركات عند تأسيسها تحتاج إلى الإذن من السلطة الإدارية .

عرف المشرع الجزائري شركة المساهمة في المادة 592 ق.ت.ج بالشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة . كما تدخل المشرع بتحديد رأسمال الشركة المساهمة بمقدار خمسة مليون دينار جزائري على الأقل إذا ما لجأت الشركة علنيا للادخار ومليون دينار في حالة المخالفة المادة 594فقرة 1 ق.ت.ج .

تمتاز شركة المساهمة بعدة خصائص منها :

- ينقسم رأس مال الشركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول.
- لا يكون الشريك مسؤولا عن ديون الشركة إلا بقدر ما يملكه من أسهم .
- كما أنه لا يكتسب صفة التاجر لمجرد دخوله في الشركة .
- أن شركة المساهمة لا تعنون باسم الشركاء ولا باسم أحدهم، ذلك لأن شخصية الشريك ليس له أدنى اعتبار في تكوينها، وعادة ما يكون الاسم التجاري مستمدا من غرض إنشائها مثال شركة صيدال .
- تعدد هيئات الإدارة وهم : مجلس الإدارة - الجمعية العامة العادية - هيئة مراقبة الحسابات.

المطلب الأول : تأسيس شركة المساهمة

يتطلب تأسيس شركة المساهمة إجراءات مختلفة يقوم بها أشخاص يسمون بالمؤسسين . وتنحصر هذه الإجراءات في تحرير العقد الابتدائي ونظام الشركة والاكتتاب في رأس المال والوفاء بقيمة الأسهم ودعوة الجمعية العمومية التأسيسية لتقييم الحصص العينية والتصديق على نظام الشركة وتعيين الهيئات الإدارية الأولى.

وتأسيس شركة المساهمة قد يكون فوريا بمعنى أن المؤسسين يكتبون في جميع رأس مال الشركة دون الالتجاء إلى الاكتتاب العام مما لا مجال معه إلى استيفاء بعض الإجراءات القانونية التي تهدف إلى حماية الادخار وجمهور المكتتبين. وقد تؤسس شركة المساهمة دون اللجوء العلني للادخار

أولا : تأسيس شركة المساهمة ذات الاكتتاب الفوري (دون اللجوء العلني للادخار)

يقتصر الاكتتاب في هذه الشركات على مؤسسي الشركة فقط ولا تطرح أسهمها للاكتتاب العام كشركات المساهمة التأسيس المتتابع. لذلك فالاكتتاب الفوري في شركات المساهمة لا يمثل خطورة على الادخار، لذا أخضعها المشرع لإجراءات مبسطة.

تحرير العقد الابتدائي ونظام الشركة : يبرم المؤسسون فيما بينهم عقدا ابتدائيا أمام الموثق يسمى أيضا بعقد التأسيس ويشمل أسماء المؤسسين ومهنهم وجنسياتهم وعنوان واسم الشركة والغرض منها ومركزها والمدة المحددة لها ومقدار رأس المال وقيمة كل سهم ونوعه وتعهد المؤسسين بالقيام بجميع الإجراءات اللازمة لإتمام تأسيس الشركة

الاكتتاب في رأس المال: تقضي المادة 606 ق.ت.ج بأن يقوم مساهم واحد أو أكثر بإثبات المبالغ المدفوعة من المساهمين وذلك بموجب عقد يوثق لدى الموثق، وعليه أن يثبت المبلغ ومقدار حصة كل مساهم.

تقدير الحصص العينية : قد يكون رأس مال الشركة المساهمة أو جزء منه من حصص عينية. والغالب أن الاكتتاب في الحصص العينية يحصل من المؤسسين. لذا يخشى المشرع أن يستغل المؤسسون صلتهم بالشركة فيقوّمون الحصص العينية التي قدموها بمبالغ باهظة تزيد عن قيمتها

الحقيقية، فأوجب تقديرها حتى يكفل عدم الانحراف وما يترتب عليه من ضرر يلحق دائني الشركة الذين يعتمدون على رأس مال اسمي بعيد عن الحقيقة [1].

أهم هذه الضمانات هي:

- يجب أن يشمل القانون الأساسي على تقدير الحصص العينية. ويقع هذا التقدير بناء على محضر بصفة مندوب التقديرات الذي يعينه خبير والتقدير يتم تحت مسؤولياته ، وعليه أن يضع تقريرا بذلك يلحق بالقانون الأساسي للشركة فتنص المادة 608 يوقع المساهمون القانون الأساسي، إما بأنفسهم، أو بواسطة وكيل مزود بتفويض خاص بعد التصريح الموثق بالدفعات. وبعد وضع التقرير المشار إليه في المادة السابقة تحت تصرف المساهمين حسب الشروط والآجال المحددة عن طريق التنظيم .
- إذا أقر المساهمون تقدير الحصص العينية حسب تقدير مندوب التقديرات بتقريره المرفق، فإنه يجب على المساهمين أن يوقعوا على القانون الأساسي .

ثانيا: تأسيس شركة المساهمة ذات الاكتتاب العام(اللجوء العلني للادخار)

أ) المؤسسون ومركز الشركة تحت التأسيس كل من يشترك اشتراكا فعليا في تأسيس الشركة بنية تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك، له صفة مؤسس. والحد الأدنى لعدد الشركاء المؤسسين 7 المادة 592 فقرة 2 ق.ت.ج

جماعة المؤسسين : تتألف من المؤسسين جماعة يكون الغرض منها إنشاء شركة المساهمة . تقوم هذه الجماعة على عقد يبرمه المؤسسون ويلتزمون بمقتضاه بالسعي في تأسيس الشركة والقيام بجميع الإجراءات اللازمة للتأسيس. كما يمنح بعضهم البعض الآخر بمقتضاه وكالة تبادلية في التعاقد مع الغير. يحرر الموثق مشروع القانون الأساسي لشركة المساهمة بطلب من مؤسس أو أكثر وتودع نسخة من هذا العقد بالمركز الوطني للسجل التجاري . ينشر المؤسسون تحت مسؤولياتهم إعلانا حسب الشروط المحددة عن طريق التنظيم . لا يقبل أي اكتتاب إذا لم تحترم الإجراءات المقررة (المادة 595 ق.ت.ج

---

[1] -تنص المادة 607 ق.ت.ج. المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 /1993/04 يشتمل القانون الأساسي ،على تقدير الحصص العينية . ويتم هذا التقدير بناء على تقرير ملحق بالقانون الأساسي يعده مندوب الحصص تحت مسؤولياته.
ويتبع نفس الإجراء ، إذا تم اشترط امتيازات خاصة .

تسجيل الشركة: بعد استيفاء الإجراءات السابقة ، يقوم المؤسسون بتسجيل الشركة في السجل التجاري ويجب أن يتم هذا التسجيل خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ إيداع مشروع القانون الأساسي ، وإلا فإنه يجوز لكل مكتتب أن يطلب من القضاء تعيين وكيل مكلف باستيراد الأموال لإعادتها للمكتتبين بعد طرح مصاريف التوزيع.

حرص المشرع على تسليم الأموال إلى وكيل الشركة قبل تسجيلها في السجل التجاري (المادة 604 ق.ت.ج)

الاكتتاب في رأس المال : الاكتتاب هو إعلان الإدارة الاشتراك في مشروع الشركة مع التعهد بتقديم حصة في رأس المال يتمثل في عدد معين من الأسهم. وقد أثار اختلاف في طبيعة الاكتتاب هل هو عقد أو تصرف يستند إلى الإرادة المنفردة للمكتتب ؟ والرأي الراجح يرى بأنه عقد من عقود الإذعان لأن دور المكتتب مقتصر على مجرد التسليم بالشروط التي ينص عليها نظام الشركة. ويترتب على هذا العقد التزام المكتتب بدفع قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ولا يعتبر الاكتتاب في الأسهم عملا تجاريا بالنسبة إلى المساهم لأن مسؤولياته بقيمة الأسهم التي اكتتب فيها بينما الأعمال التجارية تتضمن المضاربة والمسؤولية المطلقة.

يجب أن يكتتب رأس المال بكامله، وتكون الأسهم المالية مدفوعة عند الاكتتاب بنسبة 1/4 على الأقل من قيمتها الاسمية . ويتم الباقي مرة واحدة أو عدة مرات وذلك بناء على قرار مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب كل حالة في أجل لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات ابتداء من تسجيل الشركة في السجل التجاري، ولا يمكن مخالفة هذه القاعدة إلا بنص تشريعي صريح وتكون الأسهم العينية مسددة القيمة بكاملها حين إصدارها المادة 596 ق. ت.ج .

المطلب الثاني : الأوراق المالية التي تصدرها شركة المساهمة

أولا: الأسهم

عرف المشرع الجزائري السهم في المادة 715 مكرر 40 ق.ت.ج (السهم هو سند قابل للتداول تصدره شركة المساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها).

وعرفه الفقه السهم هو صك يمثل حصة في رأس مال الشركة المساهمة. وكلمة السهم تعني حق الشريك في الشركة، كما تعني الصك المثبت لهذا الحق وتستخرج شهادات الأسهم من دفتر ذي قسائم وتعطى أرقام متسلسلة ويوقّع عليها عضوان من أعضاء مجلس الإدارة وتختم بخاتم

الشركة. وتتضمن شهادة السهم على الأخص بيان اسم الشركة وعنوان مركزها الرئيسي وغرضها ومدتها وتاريخ ورقم ومحل قيدها بالسجل التجاري وقيمة رأس المال وعدد الأسهم ويذكر بالسهم نوعه وقيمته الاسمية.

خصائص السهم :

- تساوي قيمة الأسهم
- تحديد المسؤولية بقيمة السهم
- قابلية السهم للتداول (المادة 715 مكرر 30ق.ت.ج)
- عدم قابلية السهم للتجزئة (المادة 715 مكرر 32 ق.ت.ج)

أنواع الأسهم :

1. الأسهم النقدية والأسهم العينية : الأسهم النقدية تمثل حصصا نقدية في رأس مال الشركة المساهمة، أما الأسهم العينية فتمثل حصصا عينية في رأس مال الشركة
2. من حيث الشكل هناك أسهم اسمية وأسهم لحاملها وأسهم للأمر
3. الأسهم العادية والأسهم الممتازة : الأصل أنها تخول المساهمين حقوقا متساوية إلا أن مبدأ المساواة بين المساهمين لا يتعلق بالنظام العام. ويجوز وضع شرط مخالف في العقد التأسيسي للشركة على إنشاء أسهم ممتازة تختص بمزايا لا تتمتع بها الأسهم العادية، ولا يعد ذلك إخلالا بالمساواة بين المساهمين. في الواقع أن هذه المساواة مقتصرة على المساهمين من فئة واحدة ممن اشتركوا في وقت واحد.

ثانيا :سندات الاستحقاق

هي سندات قابلة للتداول، تخول بالنسبة للإصدار الواحد نفس حقوق الدين بالنسبة لنفس القيمة الاسمية. (المادة 715 مكرر 81 ق.ت.ج) .

ولا يسمح بإصدار سندات الاستحقاق إلا لشركات المساهمة الموجودة منذ سنتين والتي أعدت موازنتين صادق عليهما المساهمون بصفة منتظمة، والتي يكون رأسمالها مسددا بكامله .(المادة 715 مكرر 82 ق.ت.ج)

الطبيعة القانونية للسندات :

السندات هي صكوك متساوية القيمة وقابلة للتداول، تمثل قرضا طويل الأجل يعقد عن طريق الاكتتاب العام وبعبارة أخرى يعتبر حامل السند دائنا للشركة. أما حامل السهم فيعتبر شريكا فيها ويبنى على التفرقة بين السند والسهم ما يلي :

1- أن حامل السند ليس له التدخل في إدارة الشركة وسيرها. أما حامل السهم فله حق الحضور في الاجتماعات .

2-أن حامل السند له الحق في استيفاء قيمة سنده في الميعاد المتفق عليه. فتنقطع صلته بالشركة. أما حامل السهم فلا يسترد قيمته مادامت الشركة قائمة

3-أن لحامل السند فائدة ثانية سنويا سواء حققت الشركة أرباحا أو لم تحقق. أما حامل السهم فيحصل على ربح متغير .

4-أن لحامل السند ضمانا عاما على أموال الشركة. فلا يسترد أصحاب الأسهم قيمة أسهمهم عند حل الشركة وتصفيتها إلا بعد الوفاء بقيمة السندات والفوائد المستحقة.

خصائص السندات :

1-أن قرض السندات قرض جماعي. فالشركة لا تتعاقد مع كل مقرض على حدة، ولكن مع مجموعة المقرضين

2-أن قرض السندات يكون لمدة طويلة، وفي خلال هذه المدة تتغير ظروف الشركة، فيتأثر مركز حامل السند تبعا لذلك.

3-أن السهم كالسند قابل للتداول وهو إما أن يكون اسميا تنقل ملكيته بطريق القيد في سجلات الشركة أو سندا لحامله تنتقل ملكيته عن طريق التسليم .

المطلب الثالث : إدارة شركة المساهمة

الأصل أن إدارة الشركة هي من حق المساهمين جميعا، الذين يجتمعون في جمعية عامة لتبادل الرأي في شؤون الشركة، إلا أن كثرة عدد المساهمين يحول دون عقد جمعية عامة في فترات متقاربة، لذا تقوم إلى جانب الجمعية العامة هيئة محدودة العدد يمكن اجتماعها دوريا، تتولى الإدارة الفعلية للشركة وهي مجلس الإدارة والجمعية العامة للمساهمين ومراقبو الحسابات .

يلاحظ أن هناك تشابها بين تسيير إدارة الشركة وإدارة الدولة الديمقراطية.فمجلس الإدارة يشبه مجلس الحكومة، والجمعية العامة تشبه البرلمان، ونظام الشركة هو الدستور الذي يحكم الجميع.

أولا : مجلس الإدارة

تنص المادة 610 ق.ت.ج (يتولى إدارة شركة المساهمة مجلس إدارة يتألف من ثلاثة أعضاء على الأقل ومن إثني عشر عضوا على الأكثر.......................) .

وتنتخب الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية القائمين بالإدارة وتحدد مدة عضويتهم في القانون الأساسي دون أن يتجاوز ذلك ست سنوات. ولا يجوز لشخص طبيعي الانتماء في نفس الوقت إلى أكثر من خمسة مجالس إدارة لشركات مساهمة توجد مقرها بالجزائر. ويجوز تعيين شخص معنوي قائم بالإدارة في عدة شركات، وفي هذه الحالة لا تطبق أحكام المقطع الأول على الممثلين الدائمين للشخص المعنوي،ويجب عليه عند تعيينه اختيار ممثل دائم يخضع لنفس الشروط والواجبات ويتحمل نفس المسؤوليات المدنية والجزائية كما لو كان قائما بالإدارة باسمه الخاص دون المساس بالمسؤولية التضامنية للشخص المعنوي الذي يمثله. وعندما يقوم الشخص المعنوي بعزل ممثله يجب عليه العمل في نفس الوقت على استبداله (المادة 612 ق.ت.ج.)

ويجوز إعادة انتخاب القائمين بالإدارة، كما يجوز للجمعية العامة العادية عزلهم في أي وقت المادة 613 ق.ت.ج.

ويجب على مجلس الإدارة أن يكون مالكا لعدد من الأسهم يمثل 20 %من رأسمال الشركة ويحدد القانون الأساسي العدد الأدنى من الأسهم التي يحوزها كل قائم بالإدارة (المادة 619 الفقرة الأولى ق.ت.ج)

رئيس مجلس الإدارة :

ينتخب مجلس الإدارة من بين أعضائه رئيسا له شريطة أن يكون شخصا طبيعيا وذلك تحت طائلة بطلان التعيين. كما يحدد مجلس الإدارة أجره (المادة 635 ق.ت.ج.) .

ويتعين الرئيس لمدة لا تتجاوز مدة نيابته كقائم بالإدارة، وهو قابل لإعادة انتخابه ويجوز لمجلس الإدارة أن يعزله في أي وقت (المادة 636 ق.ت.ج).

وفي حالة وقوع مانع مؤقت للرئيس أو وفاته أو استقالته أو عزله، يجوز لمجلس الإدارة أن ينتدب قائما بالإدارة ليقوم بوظائف الرئيس (المادة 637 ق.ت.ج).

سلطات رئيس مجلس الإدارة : يتولى رئيس مجلس الإدارة تحت مسؤولياته الإدارة العامة للشركة، فيمثل الشركة في علاقاتها مع الغير. ويتمتع الرئيس بالسلطة الواسعة للتصرف باسم الشركة في كل الظروف مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لجمعيات المساهمين، وكذا السلطات المخصصة بكيفية خاصة لمجلس الإدارة وفي حدود موضوع الشركة.

وفي علاقاتها مع الغير تكون الشركة ملتزمة حتى بأعمال رئيس مجلس الإدارة غير التابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت أن الغير كان يعلم أن العمل يتجاوز موضوع الشركة أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف مع استبعاد كون نشر القانون الأساسي يكفي وحده لتأسيس هذه البينة ولا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي أو قرارات مجلس الإدارة المحددة لهذه السلطات (المادة 638 ق.ت.ج).

ويجوز لمجلس الإدارة بناء على اقتراح الرئيس، أن يكلف شخصا واحدا أو اثنين من الأشخاص الطبيعيين ليساعد الرئيس كمديرين عاملين (المادة 639 ق.ت.ج).

مجلس المديرين : يدير شركة المساهمة مجلس مديرين يتكون من ثلاثة إلى خمسة أعضاء. ويمارس مجلس المديرين وظائفه تحت رقابة مجلس مراقبة (المادة 643 ق.ت.ج).

ويتم تعيين مجلس المديرين وتسند الرئاسة لأحدهم (المادة 644 ق.ت.ج) .

كما يتم للجمعية العامة عزلهم بناء على اقتراح من مجلس المراقبة (المادة 645 ق.ت.ج) وكذلك يتم تحديد مدة زمنية لمجلس الإدارة بناء على النظام الأساسي للشركة وتحدد عادة ما بين عامين إلى ست سنوات وعند عدم وجود أحكام قانونية أساسية صريحة تقدر العضوية بأربع سنوات (المادة 646 ق.ت.ج).

صلاحيات مجلس المديرين : يتمتع مجلس المديرين بالسلطات الواسعة باسم الشركة في كل الظروف. ويمارس هذه السلطات في حدود موضوع الشركة مع مراعاة السلطات التي يخولها القانون صراحة لمجلس المراقبة وجمعيات المساهمين (المادة 648 ق.ت.ج).

مسؤولية الشركة عن أعمال المديرين : تكون الشركة ملزمة في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال مجلس المديرين غير التابعة لموضوع الشركة ما لم يثبت أي الغير أنه كان يعلم أن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو لا يمكنه تجاهله نظرا للظروف مع استبعاد نشر القانون الأساسي الذي يكفي

وحده لتأسيس هذه البينة. ولا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحدد سلطات مجلس المديرين المادة 649 ق.ت.ج.

ثانيا : الرقابة على الشركة

للجمعية العامة للمساهمين حق الرقابة على أعمال مجلس الإدارة. لذا أوجب القانون أن يكون لشركة المساهمة مجلس مراقبة. ويتم انتخابه عن طريق الجمعية العامة التأسيسية أو الجمعية العامة العادية. ويمكن إعادة انتخابهم ما لم ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك. ويمكن أن تعزلهم الجمعية العامة في أي وقت. (المادة 662 فقرة 1 ق.ت.ج)

ويتكون مجلس المراقبة من سبعة أعضاء على الأقل ومن إثني عشر عضوا على الأكثر (المادة 657 ق.ت.ج) ويمكن تجاوز عدد الأعضاء المقدر بـ12 عضوا حتى يعادل العدد الإجمالي أعضاء مجلس المراقبة الممارسين منذ أكثر من ستة أشهر في الشركات المدمجة وذلك دون أن يتجاوز العدد 24 عضوا المادة 658 ق.ت.ج.

الشروط الواجب توافرها في المراقبة :

1-أن يتوافر في المراقب مهنة المحاسبة وذلك لضمان القيام بالمراقبة.

2-لا يجوز الجمع بين عمل المراقب والاشتراك في مجلس الإدارة (المادة 661 ق.ت.ج).

3-لا يمكن لشخص طبيعي الانتماء في نفس الوقت إلى أكثر من خمسة مجالس مراقبة لشركات المساهمة التي يكون مقرها في الجزائر (المادة 664 ق.ت.ج) .

4-يجوز تعيين شخص معنوي في مجلس المراقبة، وعليه أن يعين ممثلا دائما عند تعيينه، يخضع لنفس الشروط والالتزامات (المادة 663 ق.ت.ج).

اختصاصات مجلس المراقبة :يمارس مجلس المراقبة مهام الرقابة الدائمة للشركة، ويمكن أن يخضع القانون الأساسي إبرام العقود التي يعددها لترخيص مجلس المراقبة مسبقا.

غير أن أعمال التصرف كالتنازلات عن العقارات، والتنازل عن المشاركة، وتأسيس الأمانات وكذا الكفالات، والضمانات الاحتياطية أو الضمانات، تكون موضوع ترخيص صريح من مجلس المراقبة حسب الشروط المنصوص عليها في القانون الأساسي(المادة 654 ق.ت.ج.).

وعند قفل كل سنة مالية،يضع مجلس الإدارة أو القائمون بالإدارة، جردا بمختلف عناصر الأصول والديون الموجودة في ذلك التاريخ.

ويضعون أيضا حساب الاستغلال العام وحساب النتائج والميزانية .

ويضعون تقريرا مكتوبا عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة .

وتوضع المستندات المشار إليها في هذه المادة تحت تصرف مندوبي الحسابات خلال أربعة أشهر على الأكثر والتالية لقفل السنة المالية .(المادة 716 ق.ت.ج)

مسؤولية أعضاء مجلس المراقبة : تنص المادة 715 مكرر 29 ق.ت.ج يعتبر أعضاء مجلس المراقبة مسؤولين عن الأخطاء الشخصية المرتكبة أثناء ممارسة وكالتهم، ولا يتحملون أية مسؤولية بسبب أعمال التسيير ونتائجها.ويمكن اعتبارهم مسؤولين مدنيا عن الجنح التي يرتكبها أعضاء مجلس المديرين في حال درايتهم بها وعدم إخبار الجمعية العامة بذلك. تطبق أحكام المادتين 715 مكرر 25 ومكرر 26 المذكورتين أعلاه.

ثالثا : الجمعية العامة للمساهمين

الأصل أن الجمعية العامة باعتبارها الجهاز الذي يضم جميع المساهمين تعتبر من الناحية القانونية صاحبة السيادة في الشركة .

فهي التي تعين أعضاء مجلس الإدارة وتشرف على أعماله وتعين مجلس المراقبة .

تنقسم الجمعية العامة للمساهمين إلى ثلاثة أنواع :

1)الجمعية العامة التأسيسية: هي التي تنعقد خلال فترة التأسيس لمراقبة أعمال التأسيس، وتقيم الحصص العينية والموافقة على نظام الشركة والمصادقة على اختيار أعضاء مجلس الإدارة الأول ومجلس المراقبة

اختصاصات الجمعية التأسيسية:

- تثبت هذه الجمعية في رأسمال الشركة (المادة 600 الفقرة 2 ق.ت.ج.)
- تختص الجمعية التأسيسية بالفصل في تقدير الحصص العينية (المادة 601 ق.ت.ج)
- تقوم الجمعية التأسيسية بالمصادقة على القانون الأساسي للشركة

- يقوم المؤسسون بعد تصريح بالاكتتاب والدفعات باستدعاء المكتتبين إلى جمعية عامة تأسيسية حسب الأشكال والآجال المنصوص عليها عن طريق التنظيم (المادة 600 فقرة 1 ق.ت.ج)

2)**الجمعية العامة العادية:** وهي التي تجتمع مرة على الأقل بعد انتهاء السنة المالية لمناقشة إدارة الشركة وإقرار حساباتها السنوية وتحديد الأرباح المقرر توزيعها وانتخاب أعضاء مجلس الإدارة ومجلس الرقابة عند انتهاء مدتهم. ولا تنتهي أعمال ومهام هذه الجمعية إلا بانقضاء الشركة وزوال شخصيتها المعنوية .

اختصاصات الجمعية العامة :

تنص المادة 676 ق .ت.ج تجتمع الجمعية العامة العادية مرة على الأقل في السنة خلال ستة أشهر التي تسبق قفل السنة المالية، فيما عدا تمديد هذا الأجل بناء على طلب مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، بأمر من الجهة القضائية المختصة التي تبت في ذلك بناء على عريضة.ولا يقبل هذا الأمر أي طعن.

ويقدم مجلس الإدارة أو مجلس المديرين إلى الجمعية العامة بعد تلاوة تقريره جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة. وفضلا عن ذلك، يشير مندوبو الحسابات في تقريرهم إلى إتمام المهمة التي أسندت إليهم طبقا للمادة 715 مكرر 4.

شروط صحة انعقاد الجمعية العامة: لا يكون هذا الانعقاد صحيحا إلا إذا حضره مساهمون يمثلون ربع الأسهم على الأقل التي لها الحق في التصويت في الدعوة الأولى. ولا يشترط نصاب في الدعوة الثانية.

وتبت بأغلبية الأصوات المعبر عنها، ولا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا أجريت العملية عن طريق الاقتراع (المادة 675 ق.ت.ج).

ولم يشترط المشرع أن يحوز المساهم على عدد معين من الأسهم كي يتسنى له حضور الاجتماع .

ويرجع حق التصويت المرتبط بالسهم إلى المنتفع في الجمعية العامة العادية ولمالك الرقبة في الجمعيات العامة غير العادية.

ويمثل المالكون الشركاء للأسهم المشاعة في الجمعيات العامة بواحد منهم أو بوكيل وحيد. فإذا لم يحصل اتفاق ، عين الوكيل من القضاء بناء على طلب أحد المالكين الشركاء الذي يهمه الاستعجال ويمارس حق التصويت من مالك الأسهم المرهونة .

(المادة 679 ق.ت.ج)

3)الجمعية العامة غير العادية:

يقصد بالجمعية العامة غير العادية تلك الجمعية التي يناط بها اختصاص تعديل النظام الأساسي للشركة. وهي ذات طابع استثنائي كون نظام الشركة هو عبارة عن قانون المتعاقدين. وطبقا للقواعد العامة، لا يجوز تعديله إلا بموافقة جميع المتعاقدين، لكن الضرورات العملية تقضي بالخروج عن القواعد العامة، وإعطاء الجمعية العامة غير العادية للمساهمين حق تعديل الشركة ليس بالإجماع، وإنما بأغلبية خاصة لا سيما وأن لشركة المساهمة مركز قانوني منظم أقرب إلى القانون منه وإلى العقد.

ولقد انعكس هذا الطابع الاستثنائي على الأحكام الخاصة بتنظيم الجمعية سواء من حيث تكوينها ودعوتها للانعقاد والنصاب اللازم لصحة اجتماعها، والتصويت فيها واختصاصاتها .

اختصاصات الجمعية العامة غير العادية:تنص المادة 674 فقرة 1 ق.ت.ج (تختص الجمعية العامة غير العادية وحدها بصلاحيات تعديل القانون الأساسي في كل أحكامه، ويعتبر كل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن.

ومع ذلك، فلا يجوز لهذه الأخيرة أن ترفع من التزامات المساهمين، ما عدا العمليات الناتجة عن تجمع الأسهم التي تمت بصفة منتظمة .

ولا يصح تداولها إلا إذا كان عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين يملكون النصف على الأقل من الأسهم في الدعوة الأولى وعلى ربع الأسهم ذات الحق في التصويت أثناء الدعوة الثانية. فإذا لم يكتمل هذا النصاب الأخير، جاز تأجيل اجتماع الجمعية الثانية إلى شهرين على الأكثر وذلك من يوم استدعائها للاجتماع مع بقاء النصاب المطلوب هو الربع دائما.

وتبت الجمعية العامة فيما يعرض عليها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها، على أنه لا تؤخذ الأوراق البيضاء بعين الاعتبار إذا ما أجرت العملية عن طريق الاقتراع).

وحق الجمعية العامة غير العادية في تعديل نظام الشركة ليس مطلقا، وإنما ترد عليه استثناء

- لا يجوز للجمعية العامة زيادة التزامات إلا بموافقتهم جميعا كرفع القيمة الاسمية للأسهم، أو إجبار المساهمين على اكتتاب في الأسهم الجديدة التي تصدرها الشركة عند زيادة الرأسمال، أو تحويل شركة المساهمة إلى شركة تضامن لأن المساهم يصبح مسؤولا مسؤولية شخصية عن ديون الشركة، إلا أن التحويل يجوز بموافقة كل الشركاء المادة 715 مكرر 17 ق.ت.ج
- لا يجوز للجمعية العامة غير العادية المساس بحقوق المساهم الأساسية التي يستمدها بصفته شريكا كحق الحضور والتصويت في الجمعية العامة.
- لا يجوز للجمعية العامة غير العادية تغيير غرض الشركة الأصلي.
- تتخذ الجمعية العامة غير العادية قرار حل الشركة المساهمة الذي يتم قبل حلول الأجل (المادة 715 مكرر 18 ق.ت.ج).
- للجمعية العامة غير العادية وحدها حق الاختصاص باتخاذ قرار زيادة رأس المال بناء على تقرير مجلس الإدارة، أو بمجلس المديرين حسب الحالات (المادة 691 ق.ت.ج)
- تحدد الجمعية العامة غير العادية بناء على تقرير مجلس الأمن أو مجلس المديرين وبناء على تقرير خاص من مندوب الحسابات، سعر الإصدار أو شروط تحديد هذا السعر.

وعندما لا يتم الإصدار في تاريخ انعقاد الجمعية العامة السنوية حسب القرار، تفصيل جمعية عامة غير عادية بناء على تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين وبناء على تقرير خاص من مندوب الحسابات، في الحفاظ على سعر الإصدار أو تعديله أو شروط تحديده، وفي غياب ذلك يكون قرار الجمعية الأولى باطلا.

- يتم استهلاك رأس المال بموجب حكم في القانون الأساسي أو قرار من الجمعية العامة غير العادية وبواسطة مبالغ قابلة للتوزيع. ولا يمكن تحقيق هذا الاستهلاك إلا عن طريق التسديد المتساوي عن كل سهم من نفس الصنف ولا يترتب عنه تخفيض في رأس المال.وتعتبر الأسهم المستهلكة كلية أسهما انتفاعية (المادة 709 ق.ت.ج).
- تقرر الجمعية العامة غير العادية تخفيض رأس المال، التي يجوز لها أن تفوض لمجلس الإدارة، أو لمجلس المديرين حسب الحالة، كل الصلاحيات لتحقيقه. غير أنه لا يجوز لها بأي من الأحوال أن تمس بمبدأ المساواة بين المساهمين(المادة 712 فقرة 1 ق.ت.ج).

الباب الثالث

الشيك Le chèque

يعود بدء استعمال الشيك إلى انتشار المصارف في أوروبا في القرن التاسع عشر .

فقد جرت العادة في انجلترا أن يفتح التجار والأفراد حسابات لدى المصارف المنتشرة في المدن لإيداع نقودهم لديها مقابل تسليمهم سندات للحامل مستحقة الدفع لدى الاطلاع . واعتاد أصحاب هذه الحسابات استخدام هذه السندات بدلا من النقود .

وفي عام 1742منحت الحكومة البريطانية مصرف انجلترا امتياز إصدار أوراق البنكية (العملة الورقية). وأخذت تنصح زبائنها بسحب سفاتج عليها مستحقة الدفع لدى الاطلاع. وقد ازداد تدريجيا استعمال هذه السندات بحيث أصبح يطلق عليها لفظ الشيك المشتق من الفعل الأنجليزي TO CHECH .بمعنى المصرف لم يكن ليدفع قيمة إلا بعد مراجعة حساب الزبون للاطمئنان على وجود رصيد دائن له .

ومن أنجلترا انتقل استعمال الشيك إلى البلدان الأوروبية الأخرى وأمريكا. وقد ظهر أول تشريع نظم أحكام الشيك في هولاندا عام 1838. وفي فرنسا قانون عام 1865 بلجيكا 1873 الولايات المتحدة الأمريكية 1897 قانونها المتعلق بالسندات القابلة للتداول .

وتبرز أهمية الشيك كأداة لتسوية الديون تغني عن استعمال النقود في المعاملات. وقد يحدث أن يقوم الشيك بسداد عدة ديون إذا ما تم تداوله عن طريق التظهير من مستفيد إلى آخر، بحيث يصبح في النهاية شبيها بالنقود. والشيك يشجع الناس على إيداع نقودهم في المصارف بدلا من تجميدها. الأمر الذي يسمح باستثمارها في مشاريع إنتاجية فثمرة تعود بالمنفعة على مجمل الاقتصاد الوطني وقلل من مخاطر السرقة أو الضياع .الشيك يقلل من استعمال النقود حيث أن بعض الدول جعلت في تشريعاتها لجعل الوفاء بالشيك إلزاميا في بعض الحالات التي يتجاوز فيها مبلغ الدين حدا معينا.

تعريف الشيك :

هو صك محرر وفق شكل معين حدده القانون، بأمر بموجبه شخص يطلق عليه الساحب شخصا آخر يسمى المسحوب عليه، ويكون في العادة مصرفا بأن يدفع لدى الاطلاع مبلغ معينا من النقود لأمره أو لأمر شخص آخر أو للحامل وهو المستفيد.

يتضمن الشيك ثلاث أطراف كما هو الحال في السفتجة وهم ساحب، ومسحوب عليه، ومستفيد أو الحامل. ونظرا للتشابه بين السفتجة والشيك قد يصعب التمييز بينهما خاصة إذا كانت السفتجة لدى الاطلاع ومسحوبة على المصرف .

وتفاديا لهذا الخلط، اشترط قانون جنيف الموحد ومعظم التشريعات إدراج اسم السند التجاري سفتجة أو سند لأمر أو شيك في متن الصك الذي حرر به.

لكن رغم التشابه بينهما هناك اختلاف

1-يجب أن يكون المسحوب عليه في الشيك دائما مؤسسة مالية بنك – صكوك بريدية

2-يجب أن يكون الشيك دائما مستحق الوفاء لدى الاطلاع

3-يجب أن يكون الساحب الشيك لديه مقابل وفاء رصيد كاف لدى المسحوب عليه عند إصداره تحت طائلة التعرض للعقوبة الجزائية. بينما لا يشترط وجود مقابل الوفاء السفتجة إلا في تاريخ استحقاقها وليس من عقاب جزائي على الساحب في حالة انتفائه .

4-ينشأ رصيد الشيك عادة نتيجة عقد حساب مصرفي فيما بين الزبون والبنك، بينما ينتج مقابل الوفاء في السفتجة عن أي عقد يرتب التزاما في ذمة المسحوب عليه نحو الساحب .

5-لا مجال للقبول في الشيك فهو حين يقدم للمسحوب عليه يكون ذلك بغرض استيفاء قيمته لأنه يستحق الدفع لدى الاطلاع، بينما يجوز تقديم السفتجة للمسحوب عليه لقبولها قبل وفائها

6-لا يشترط في الشيك ذكر اسم المستفيد فيه. ويمكن أن يحرر الشيك لحامله في حين أنه لابد من ذكر اسم المستفيد في السفتجة التي لا يمكن سحبها ابتداء الحامل .

7- يختلف الشيك عن السفتجة بالنسبة لمواعيد التقديم للوفاء ومواعيد انقضاء الدعاوى الصرفية بالتقادم

الفصل الأول

إنشاء الشيك

إنشاء الشيك تصرف قانونيا شكليا يتعين أن يتوافر لصحته الشروط الموضوعية والشكلية

المبحث الأول : الشروط الموضوعية لإنشاء الشيك

هي نفس الشروط اللازمة لصحة أي التزام إرادي آخر نصت المـادة 480 ق.ت. ج(إذا كان الشيك مشتملا على تواقيع أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام به، أو كان محتويا علـى تواقيع مزورة، أو تواقيع أشخاص وهميين أو تواقيع لا تلزم لأي سبب آخر الأشخاص الذين وقعوا الشيك أو الذين وقع الشيك باسمهم، فإن ذلك لا يحول دون صحة الموقعين الآخرين)

وتنص المادة 481 ق.ت.ج(من وقع شيكا بالنيابة عن شخص و لم يكن وكيلا عنه في ذلـك يصبح بتوقيعه ملزما شخصيا بمقتضى الشيك، وإذا أوفى آلت له نفس الحقوق التي كانت تؤول إلى من زعم النيابة عنه، ويجري مثل ذلك على من تجاوز حدود النيابة) .

وهذه الأحكام نفسها مطبقة على السفتجة

المبحث الثاني : الشروط الشكلية

الشيك سند حرفي يتطلب من ساحبه أن يفرغ التعبير عن إرادته بإنشائه في محرر، وإن يدرج فيه البيانات التي فرضها القانون وفيما عدا البيانات الإلزامية يجوز لأطراف الشيك أعمالا لمبدأ الحرية الإرادة أن يضيفوا بعض البيانات الأخرى التي لا تتعارض مع طبيعة هذا السند و لم يحظر القانون إيرادها فيه .

المحرر : لا يتصور وجود شيك من غير إفراغه في قالب كتابي ومن غير إشماله على عدد مـن البيانات التي فرضها القانون بحيث يكون كافيا بذاته .ولقد اعتادت المصارف أن تسلم زبائنها دفاتر شيكات تحتوي على عدد معين من الصكوك المطبوعة ومتسلسلة الأرقام وهي تحمل اسم الزبون ورقم حسابه ويترك فيها اسم المستفيد والمبلغ وتاريخ ومكان الـسحب فارغـا عنـد الاستعمال. ولقد تأكد ذلك بموجب أحكام المادة 537 فقرة 6 و7 ق.ت.ج. ويجب علـى البنوك والهيئات المالية قبل تسليم دفاتر الشيكات إلى زبائنها أن تطلع فورا على فهرس مركزية المستحقات غير المدفوعة لبنك الجزائر (المادة 526 مكرر ق.ت.ج). لكن ليس هناك ما يمنـع من أن يكتب الشيك على ورقة عادية. فالقانون يتطلب أية صورة خصوصية لتكوينه وعلـى هذا يكون الشيك صحيحا إذا كتب على ورقة عادية تضمنت جميع البيانات المحددة قانونا

ولكن الواقع العملي والمصارف متفقة فيما بينها على عدم صرف مبلغ الشيكات التي تسحب ما لم تكن محررة على نماذج مطبوعة ومستخرجة عن دفتر الشيك المسلم من قبلها تجنبا للاحتيال .

البيانات الالزامية : حددت المادة 472 ق.ت.ج البيانات التي يشتمل عليها الشيك .

1-ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند وباللغة التي كتب بها أوجب القانون ذكر كلمة الشيك في صلب الصك وأن تكتب بنفس اللغة التي حرر بها تحت طائلة بطلان الصك .

وترد كلمة شيك عادة بعد كلمة ادفعوا بحيث يقال ادفعوا بموجب هذا الشيك ولكن بعض الفقهاء ليس هناك ما يمنع من أن ترد كلمة شيك في أي مكان من الصك .

2-أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين من النقود وقد جرت ذكر المبلغ بالأحرف والأرقام. وفي حالة الاختلاف بين الأرقام والأحرف يأخذ القيمة بالأحرف. أما إذا كتب المبلغ عدة مرات بالأحرف والأرقام فالعبرة عن الاختلاف تكون للمبلغ الأقل المادة 479 ق.ت.ج.

3-اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه) قضت المادة 474 فقرة 1 ق.ت.ج (بأنه لا يجوز سحب الشيك إلا على مصرف، أو مقاولة، أو مؤسسة مالية، أو على مصلحة الصكوك البريدية، أو مصلحة الودائع والأمانات أو الخزينة العامة أو القباضة المالية.كما لا يجوز سحب الشيك إلا على مؤسسات القرض البلدي أو صناديق القرض الفلاحي التي يكون لديها وقت إنشاء السند رصيد من النقود تحت تصرف الساحب وبموجب اتفاق صريح أو ضمني يحق بمقتضاه للساحب أن يتصرف في هذه النقود بطريقة إصدار شيك.) وقد قضت المادة 537 ق.ت.ج فقرة 1 كذلك بأن السندات التي تم سحبها ووجب دفعها في القطر الجزائري على أشخاص غير الأشخاص المذكورين في المادة 474 وكانت محررة على شكل شيكات لا يصبح اعتبارها شيكات إضافة إلى ذلك عاق المشرع بغرامة قدرها 10% من مبلغ الشيك شريطة أن لا تقل هذه الغرامة عن 100 د.ج كل من سحب شيك على هيئة خلاف الهيئات المذكورة سابقا المادة

الأصل أن يكون المسحوب عليه شخصا غير الساحب لكن المادة 477 ق.ت.ج أجازت سحب الشيك على الساحب نفسه إذا سحب من مؤسسة على مؤسسة أخرى يملكها نفسه ويشترط ألا يكون هذا الشيك لحامله .وقد قصد المشرع بهذا منع المؤسسات المصرفية والمالية

من إصدار شيكات للحامل تستعمل بدلا من الأوراق النقدية، الأمر الذي يترتب عليه المساس بحق امتياز البنك المركزي الجزائري بإصدار العملة الوطنية .

4-بيانات المكان الوفاء : جرت العادة أن يشتمل كل صك من صكوك دفتر الشيكات الـــتي تسلمها المصارف لزبائنها على اسم المؤسسة المسحوب عليه وذكر ما إذا كان هـــو المركـــز الرئيسي أو فرع معين.

الفائدة من ذلك لمعرفة المحل الذي يجب أن يتوجه إليه الحامل لاستلام قيمة الشيك كما يساعد على تحدد العملة التي يجب أن يدفع بها الشيك عند الالتباس. كما لو تضمن شيك مسحوب في تونس ليدفع في الجزائر وكان المبلغ 2000 دينار دون تحديد هذا الدينار.

وتبدو أهمية المكان لمعرفة القانون الواجب تطبيقه، ولمدة التقادم الدعاوى الصرفية وهو مكـــان الوفاء وتختص محاكم مكان الوفاء بالفصل في التراعات المتعلقة بدعاوى الرجوع .

وإذا لم يذكر مكان الوفاء، فإن القانون قضى بأن يكون مكان المسحوب عليه. وفي حالة تعدد أماكن الوفاء يكون في أول مكان فيها، وإذا خلا الشيك من هذه البيانات اعتبر مستحق الدفع في المكان الذي يقع به المحل الرئيسي للمسحوب عليه المادة 473 فقرة 2 و3 ق.ت.ج. وقد أجاز القانون توطين الشيك المادة 478 ق.ت.ج.

5--بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه لذكر مكان إنشاء الشيك أهمية في تحديد مواعيد تقـــديم الشيك للوفاء المادة 501 ق.ت.ج حددت مواعيد التقديم وتختلف هذه المواعيد باختلاف بلد الإنشاء. فالشيك المسحوب في الجزائر المستحق الوفاء فيها يجب أن يقدم للوفاء خلال مهلـــة عشرين يوما. أما الصك الصادر خارج الجزائر والقابل للدفع فيها، فيجب تقديمه إما في مـــدة ثلاثين يوما إذا كان الصك الصادر من أوروبا أو من أحد البلدان المطلة على البحـــر الأبـــيض المتوسط .وفي مدة سبعين يوما إذا كان الصك صادرا في أي بلد آخر. لكـــن إذا لم يتـــضمن الشيك ذكر مكان إنشائه، فلا يترتب بطلانه بل يعتبر أنه نشئ في المكان المبين بجانـــب اســـم الساحب المادة 473 فقرة 4 . أما بيان تاريخ الشيك ففوائده متعددة فهو ضروري لتحديـــد أهلية الساحب وقت إصدار الشيك، ومعرفة ما إذا كان قد حرر قبل توقفه عن الدفع أو أشهر إفلاسه أم بعد ذلك، ويساعد أيضا في تحديد مهل تقديمه للوفاء التي تتراوح بين عشرين وسبعين

يوما بحسب ما إذا كان مسحوبا داخل الجزائر أو خارجها ليستحق الدفع فيها.كما يفيد ذكر تاريخ إنشاء الشيك التحقيق من وجود مقابل الوفاء عند إصداره .

أما إذا ذكر في متنه تاريخ متقدم أو مؤخر لتاريخ إنشائه الحقيقي، فإن هذه الصورية لا تؤثر في صحته وتعيين على المصرف المسحوب عليها وفاءه بمجرد تقديمه لهم ولو قدم مثلا قبل التاريخ المؤخر المذكور فيه. فيلجأ الساحب مثلا إلى تقديم تاريخ إنشاء الشيك في شهر نوفمبر بدلا من شهر فيفري وذلك لإبعاد الشيك عن تاريخ صدور الحكم بشهر إفلاسه، كي لا يتعرض للبطلان بسبب سحبه خلال فترة الريبة التي تسبق إعلان الإفلاس. وقد يكون القصد من تقديم التاريخ إبعاد سحب الشيك عن تاريخ صدور قرار الحجر على الساحب .

أما تأخير إنشاء الشيك فقد يقصد الساحب منه اعتبار الشيك صادر عنه بعد بلوغه سن الرشد وكثير من الأحيان يتمكن من إيصال مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه. لكن لا تعتبر هذه الصورة في تأخير سحب الشيك سببا لبطلانه. وإذا قدم قبل اليوم المعين فيه كتاريخ لإصداره وجب وفاؤه في يوم تقديمه (المادة 500 فقرة 2 ق.ت.ج) ويعاقب القانون من إصدار شيكا ولم يبين فيه مكان إصداره أو تاريخ إنشاء أو وضع به تاريخا مزورا بغرامة قدرها 10% من مبلغ الشيك شريطة ألا تقل هذه الغرامة عن 100 د.ج المادة 537 فقرة 1 ق.ت.ج. وتفرض نفس العقوبة أيضا على المظهر الأول والحامل والموفي إذ كان الشيك خاليا من بيان مكان إصداره أو تاريخ أو مكان يتضمن تاريخا لاحقا لتاريخ تظهيره أو تقديمه المادة 537 فقرة 2 و3 ق.ت.ج

6-توقيع من أصدر الشيك (الساحب)

يجب أن يوقع الساحب على الشيك تعبيرا عن إرادته بالالتزام بقيمته. وبدون هذا التوقيع تنتفي عن المحرر أية صفة قانونية. والتوقيع يكون بالإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع. ويرد التوقيع عادة في أسفل الشيك وتشترط المصارف عادة من زبائنها عند إبرام عقد فتح حساب لديها إيداعها صورة أو صورتين من تواقيعهم تستخدمها للمظاهاة مع كل توقيع يرد من الزبون، ويجوز أن يوقع بالنيابة عن الساحب شخصا آخر يمثله المادة 477 فقرة 2 ق.ت.ج وتشترط المصارف في مثل هذه الحالة بأن يودع لديها نسخة من سند الإنابة أو الوكالة ونموذج من توقيع الوكيل أو النائب كما يشترط في النائب أن يبين صفته حين توقيع صفته كنائب وليس

كأصيل مع أن هذه الوكالة قابلة للإلغاء بإرادة أي من طرفيها فإن سريان أثـر الإلغـاء إزاء المسحوب عليه يتوقف على إخطار بذلك .

الآثار التي تترتب على عيب شكلي في الشيك

يكون الشيك معيبا من الناحية الشكلية في حالتين إذا خلا من بيان أو أكثر من هذه البيانـات صوريا أو حرفيا

أولا : إغفال البيانات الإلزامية

الأصل أن لا تطلق تسمية شيك على الصك الذي ينقصه أحد البيانات الإلزامية لكن القانون لاحظ إمكانية الاستعاضة عن بعض البيانات المتروكة. كما أنه من الجائز أن يتحول الـشيك المعيب إلى تصرف قانوني آخر .ونصت المادة 473 ق.ت.ج (إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة فلا يعتبر شيكا إلا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرات الآتية، إذا خلا الشيك من بيان مكان الوفاء فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعتـبر مكانـا للوفاء، فإذا ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه فيكون الشيك واجـب الـدفع في المكان المذكور الأول

إذا لم تذكر هذه البيانات أو غيرها يكون الشيك واجب الدفع في المكان الذي به المحل الرئيسي للمسحوب عليه . إن الشيك الذي لم يذكر فيه مكان إنشائه يعتبر إنشاؤه قد تم في المكان المبين بجانب اسم الساحب)

لكن إذا كان الصك المحرر يبطل كشيك، فإنه من الجائز أن يتحول هذا الصك إلى سند عادي يمثل دينا في ذمة الساحب تجاه المستفيد مثال ذلك تحرير صك دون ذكر كلمة شيك في متنه أو كتابتها باللغة غير اللغة التي كتب فيها الصك. وقد حكم بأن الشيك الذي يخلو من ذكر تاريخ إنشائه يرتد سندا عاديا في تداوله وتظهيره لأحكام حوالة الحق

ثانيا : صورية أحد البيانات الإلزامية أو تحريفه

نصت المادة 480 ق.ت.ج.(إذا كان الشيك مشتملا على تواقيع أشخاص ليـست لهـم أهلية الالتزام به أو كان محتويا على تواقيع مزورة أو تواقيع أشخاص وهميين أو تواقيع لا تلـزم لأي سبب آخر الأشخاص الذين وقعوا الشيك أو الذين وقع الشيك باسمهم، فإن ذلك لا يحول دون صحة الموقعين الآخرين) .

كما قضت المادة 526 ق.ت.ج.(إذا ورد تحريف في نص شيك فإن الموقعين اللاحقين لهـذا التحريف ملزمون بما تضمنه النص المحرف، أما الموقعون السابقون فعلاً، فملزمون بما تضنه النص الأصلي.) حيث أن هذه الأحكام هي نفس الأحكام التي تطبق على السفتجة

المبحث الثالث

البيانات الاختيارية

يجوز أن يشتمل الشيك على بعض البيانات الاختيارية التي لا تتعارض مع طبيعته كأداة وفـاء. ومن هذه البيانات

1-شرط الدفع في محل مختار (المادة 478 ق.ت.ج)

2-شرط الرجوع بدون مصاريف (المادة 518 ق.ت.ج)

3-بيان اسم المستفيد

4-تعدد نظائر الشيك

5-التصديق على الشيك

شرط الدفع في محل مختار : نصت المادة 478 ق.ت.ج (يجوز أن يكون الشيك واجب الدفع في موطن الغير سواء بالمنطقة التي يوجد فيها موطن المسحوب عليه أو بمنطقة أخرى بشرط أن يكون الغير مصرفا أو مكتبا للصكوك البريدية.

إذا قدم الشيك للقبض وكان به تعيين البنك المركزي الجزائري أو مصرف له حساب بالبنـك المركزي أو مكتب للصكوك البريدية كموطن للوفاء فإن هذه الزيادة الواردة على نص الشيك لا تكون موجبة لوضع طابع مالي. وفوق ذلك لا يمكن تعيين هذا الموطن بـالرغم عـن إرادة الحامل ما لم يكن الشيك مسطرا أو الموطن معينا بالبنك المركزي الجزائري في نفس البلد) .

شرط الرجوع بدون مصاريف : المادة 518 ق.ت.ج أشارت المادة يجوز للـساحب أو لأي مظهر أو ضامن للوفاء أن يعفي الحامل من الاحتجاج لممارسة حق الرجوع بناء على شـرط (الرجوع بلا مصاريف) أو (بدون احتجاج) أو أي شرط آخر مماثل أو مـذيل بتوقيعـه. ولا يعفى هذا الشرط الحامل من تقديم الشيك في الأجل المقرر ولا من القيام بالإخطارات اللازمة. وعلى من يتمسك ضد الحامل بعدم مراعاة هذا الأجل أن يثبت ذلك. وإذا كتب الساحب هذا الشرط سرت آثاره على جميع الموقعين. أما إذا كتبه أحد المظهرين أو أحد ضامني الوفاء فـلا

تسري آثاره إلا عليه وحده. وإذا قدم الحامل احتجاجا على الرغم من الشرط الذي كتبه الساحب، تحمل هو وحده مصاريفه. أما إذا كان الشرط صادرا عن أحد المظهرين أو أحد ضامني الوفاء فإن مصاريف الاحتجاج على فرض وقوعه، يجوز تحصيلها من جميع الموقعين ما عدى واضع الشرط.

بيان اسم المستفيد : لم يرد اسم المستفيد من البيانات الإلزامية الواردة في المادة 472ق.ت.ج فقرة 8 خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للسفتجة والسند لأمر ويعود ذلك إلى أن الشيك الذي لا يتضمن اسم المستفيد يعتبر شيكا للحامل. وقد بينت المادة 476 أن بتعيين المستفيد في الشيك وفق أحد الأشكال التالية :

- أن يشترط دفع الشيك إلى شخص مسمى مع النص صراحة على شرط لأمر أو بدونه كان يقال ادفعوا بموجب هذا الشيك لأمر السيد عمرو موسى أو ادفعوا بموجب هذا الشيك للسيد عمرو موسى.
- أن يشترط دفع الشيك إلى شخص مسمى مع النص صراحة أنه ليسس لأمر أو أية عبارة أخرى تفيد هذا المعنى. وهذا الشيك لا يجوز قبضه إلا من قبل سحب باسمه كما لا يجوز نقل الحق الثابت به إلا عن طريق حوالة الحق لكن إذا كان المستفيد ظهر الشيك المحرر باسمه إلى مصرفه على سبيل التوكيل لتحصيله وقيده في حسابه لديه الرأي الراجع تعتبر التظهير التوكيلي جائز .
- أن يشترط دفع الشيك لحامله، فلا يتعين عندئذ اسم المستفيد كأن يذكر ادفعوا لحامله أو للحامل. في هذه الحالة ينتقل بالتسليم من يد إلى أخرى. ويجوز أن يسحب الشيك لمصلحة أكثر من مستفيد واحد سواء على سبيل الجمع أو على سبيل التغيير ويمكن سحب الشيك للساحب نفسه المادة 477 فقرة 1 ق.ت.ج.

تعدد النظائر : نصت المادة 524 ق.ت.ج.فيما عدا الشيكات التي لحاملها يجوز تحرير الشيك في عدة نظائر مماثلة إن كان صادرا في الجزائر وواجب الوفاء في بلد آخر أو على عكس ذلك. وإذا كان الشيك محررا في نظائر متعددة وجب ذكر أرقام النظائر في نص الشيك ذاته، وإلا اعتبر كل نظير منها شيكا مستقلا. يستخلص من المادة

- أن لا يكون الشيك مسحوبا لحامله

- أن يكون الشيك مسحوبا في الجزائر ليستحق الدفع في دولة أجنبية
- أن ترقم النظائر المحررة وأن يذكر رقم كل نظير في صلب الشيك، وإلا اعتبر كل نظير شيكا مستقلا بذاته .

واستنادا لأحكام المادة 525 ق.ت.ج يعتبر وفاء الشيك بموجب أحد نظائره مبرئا للذمة ولو لم يكن مشترطا به. أما المظهر الذي ظهر نظائر الشيك لأشخاص مختلفين وكذلك المظهرون اللاحقون له، فإنهم يظلوا ملتزمين بموجب النظائر التي تحمل توقيعاتهم و لم يحصل استردادها

تصديق الشيك: نصت المادة 483 ق.ت.ج (كل شيك له مقابل وفاء مطابق وموجود تحت تصرف الساحب يجب على المسحوب عليه المصادقة عليه إذا طلب الساحب أو الحامل ذلك، إلا في حالة رغبة المسحوب عليه أن يعوض الشيك بشيك آخر يتم سحبه حسب الشروط المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة 477 ، ويبقى مقابل وفاء الشيك المعتمد تحت مسؤولية المسحوب عليه لمصلحة الحامل إلى نهاية أجل التقديم المحدد بموجب المادة 509)

الشيك أداة وفاء وعندما يسحب يكون مستحق الوفاء لدى الاطلاع ولهذا لا مبرر لتقديمه إلى المصرف أو المؤسسة المالية لقبوله، طالما أنه يحق للحامل أن يطالب به لوفاء قيمته فورا عند أول تقديم له .

وقد يترتب على التصديق على الشيك أن الشيك المعتمد اعتراف المسحوب عليه بوجود مقابل وفاء وكاف لديه وقت الاعتماد والتزامه بتجميد هذا المقابل لصالح الحامل طوال مدة تقديم الشيك للوفاء . وتتراوح هذه المدة بين 20 و70 يوما. وبعد هذه المدة يفقد كل أثر للتصديق بحيث يصبح مقابل الوفاء حرا طليقا غير مجمدا. وليس للمسحوب عليه أن يمتنع عن التصديق إذا كان حساب الساحب لديه كافيا لدفع قيمته، إلا إذا اختار بدل من التصديق إصدار شيك جديد على أحد فروعه لصالح الحامل الشيك المطلوب تصديقه، فإن ضمانه الحامل في هذه الحالة الأخيرة أقوى بكثير من ضماناته من ضماناته في الحالة الأولى . إذ في حين أن ضمان تصديق الشيك تقوم على تجميد مقابل الوفاء لصالح الحامل خلال مدة التقديم قصيرة نسبيا ، فإن ضمانة الحامل باستيفاء قيمة الشيك من فرع المصرف المسحوب عليه تمتد حتى انتهاء مدة التقادم الصرفي وهي 3 سنوات من تاريخ انقضاء مهلة تقديم الشيك للوفاء. لم يتبنى المشرع

الصيغة أو الأشكال الذي يقع له التصديق، وإنما جرت العادة على أن يضع الشيك عبارة مصدق معتمد من قبل أية عبارة أخرى تدل على ذلك .

البيانات المحظورة في الشيك

1-شرط القبول نصت المادة 475 (لا يخضع الشيك لشرط القبول. وإذا كتب على الشيك بيان القبول عد كأن لم يكن). وإن منع قبول الشيك ينسجم مع طبيعة هذا السند الذي يدفع لدى الاطلاع. لكن بالرغم من تحضير المشرع لقبول الشيك فإنه أجاز للمسحوب عليه أن يعتمد أو يصدق الشيك .

2-شرط عدم الضمان نصت المادة 482 ق.ت.ج (الساحب ضامن للوفاء وكل شرط بإعفاء الساحب من هذا الضمان يعد كأن لم يكن)

الساحب هو الملتزم الأصلي إذا ما تخلف المسحوب عليه عن الدفع. أما إذا تداول الشيك بالتظهير فللمظهرين أن يشترطوا عدم ضمان وفائه عملا بأحكام المادة 490 ق.ت.ج

أن المظهر ضامن للوفاء ما لم يشترط خلاف ذلك ويمكنه أن يمنع تظهيره من جديد وحينئذ لا يكون ملزما بالضمان لمن يظهر لهم الشيك فيما بعد .

3-شرط الأجل الشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان لهذا فهو يوفي بمجرد الاطلاع عليه وكل شرط مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن وذا ما قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ الإصدار يكون واجب الوفاء في يوم التقديم المادة 500 ق.ت.ج.

الفصل الثاني
تداول الشيك

الشيك أداة وفاء وليس أداة ائتمان ، فهو يستحق الدفع لدى الاطلاع لذلك لا تمتد حياته كثيرا .

طرق تداول الشيك:

1-الشيك الاسمي مثلا ادفعوا لأمر السيد بوعلام أحمد أو أن يقال ادفعوا للسيدة سهاد عيسى فإن تداوله يتم في الحالتين بطريق التظهير مادة 485 فقرة 1 ق.ت.ج.

2- الشيك الاسمي مع شرط ليس لأمر إذا كان الشيك محررا باسم شخص معين وتضمن صراحة شرط ليس لأمر أو أية عبارة تنفي شرط لأمر كأن يقال ادفعوا لعثمان وليس لأمره أو ادفعوا لعثمان دون غيره ففي الحالة لا ينتقل الشيك بالتظهير بل باتباع إجراءات حوالة الحق وما يترتب عليها من آثار.

هذا ويتم تداول الشيك بطريق الحوالة العادية أيضا فيما إذا تم تظهيره بعد تنظيم الاحتجاج لعدم الوفاء أو انقضاء أجل تقديمه مادة 496 ق.ت.ج.

3-الشيك للحامل وهو الشيك الذي يحرر ليدفع لحامله أو لشخص معين مع ذكر عبارة أو حامله وهذا الشيك يتم تداوله بالمناولة أي التسليم اليدوي إذ يعتبر بمثابة منقول تطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. كذلك فإن المشرع لم يحظر نقله بطريق التظهير كأن يقوم حامل هذا الشيك قبل تسليمه الشيك للشخص الذي يرغب أن ينقله إليه بالتوقيع عليه بما يفيد التظهير لصالح الشخص المذكور. ففي هذه الحالة يعتبر صاحب التوقيع مظهرا ويلتزم تبعا لذلك بضمان الوفاء لكن يترتب على هذا التظهير الوصف القانوني للشيك المادة 492 ق.ت.ج.

أنواع التظهير:

يظهّر الشيك تظهيرا ناقلا للحق أو تظهيرا توكيليا

أ-التظهير الناقل للحق : يطلق عليه البعض التظهير الناقل للملكية.وهو التظهير الذي يقصد منه نقل الحق الثابت للشيك من مظهر إلى مظهر له. وقد أجاز القانون تظهير الشيك للساحب أو لأي ملتزم آخر به (مادة 486 ق.ت.ج) كما أجاز للمسحوب عليه تظهير الشيك عندما يكون له عدة مؤسسات وكان التظهير لمصلحة مؤسسة غير التي سحب عليها الشيك (المادة 487 فقرة 5 ق.ت.ج)

يخضع التظهير ككل تصرف قانوني إلى ضرورة توافر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة إبرام هذه التصرفات وبالإضافة إلى لك يجب أن تتوافر فيه بعض الشروط الخاصة كأن يحصل التظهير من الحامل الشرعي للشيك المادة 491 ق.ت وأن يقع التظهير على كامل مبلغ الشيك لا على جزء منه وأن يكون باتا غير معلق على شرط كمادة 487 فقرة 1 و2 ق.ت.ج كما أوجب المشرع أن يقع التظهير على الشيك ذاته أو على الورقة المتصلة به المادة 486 ق.ت.ج

أما أثار هذا التظهير يتحلى بنقل الحقوق الثابتة في الشيك إلى حملته المتعاقبين وخصوصا ما تعلق منها بمقابل الوفاء (مادة 490 ق.ت.ج) والتزام المظهر بضمان الوفاء ما لم يشترط خلاف ذلك المادة 490 ق.ت، وتظهير الشيك من الدفوع العالقة به بحيث يمتنع على المسحوب عليه التمسك بها في مواجهة الحامل حسن النية (مادة 494 ق.ت.ج)

2-تظهير التوكيل : أشارت المادة 495 إذا كان التظهير مشتملا على عبارة القيمة (برسم التحصيل) أو (برسم القبض) أو (برسم التوكيل) أو غيرها من العبارات التي تفيد مجرد التوكيل وأن النيابة التي يتضمنها تظهير التوكيل لاتنتهي بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية .

حيث أن أحكام هذا التظهير هي نفسها الأحكام التي يخضع لها تظهير التوكيل في السفتجة .

الفصل الثالث

ضمانات الوفاء في الشيك

ضمانات السفتجة هي مقابل الوفاء- القبول – الضمان الاحتياطي – تضامن الموقعين – التضامن الصرفي

لا وجود للقبول في الشيك، لأنه يتنافى مع طبيعة الشيك المادة 475 ق.ت.ج (منعدم ويتنافى)

أما الضمان الاحتياطي فقد نصت عليه المادة 497 ق.ت. بقولها أن وفاء مبلغ الشيك يمكن أن يضمن كليا أو جزئيا بضمان احتياطي ويكون هذا الضمان من الغير أو من أي ملتزم بالشيك ما عدا المسحوب عليه. وقد حددت المادتان 498 و 499 ق.ت شروط آثار هذا الضمان .

التضامن الصرفي : يجعل جميع الموقعين على الشيك مسؤولين بالتضامن عن الوفاء بقيمة فقد أشارت إلى أحكام المادة 519 ق.ت. (جميع الملتزمين بمقتضى شيك مسؤولون على وجه التضامن من قبل حامله . ويحق لحامله مطالبة هؤلاء الأشخاص منفردين أو مجتمعين بدون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم .

وكل موقع على شيك أوفى قيمته، يملك هذا الحق. إن الدعوى المرفوعة على أحد الملزمين لا تمنع من المطالبة الباقين ولو كانوا لاحقين لمن رفعت عليه الدعوى أولا.)

ضمانات مقابل الوفاء: من أهم الضمانات التي يعتمد عليها حامل الشيك

المبحث الأول

أحكام مقابل الوفاء

تعريف بمقابل الوفاء:

مقابل الوفاء في الشيك هو دين نقدي مساوي على الأقل قيمة الشيك يكون للساحب عند المسحوب عليه بتاريخ السحب وقابل للتصرف بموجب شيك وهو يمثل علاقة مستقلة بين هذين الطرفين وسابقة على سحب الشيك. ومقابل الوفاء في الشيك صفات تميزه عن السفتجة أهمها:

1-يجب أن يكون مقابل الوفاء في الشيك جاهزا وموجودا لدى المسحوب عليه وقت إنشاء الشيك لأنه يستحق الوفاء لدى الاطلاع عليه، بينما يكفي أن يكون مقابل الوفاء في السفتجة موجودا لدى المسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق.

2-إن عدم وجود مقابل الوفاء للسفتجة لدى المسحوب عليه في تاريخ إنشائها أو في تاريخ استحقاقها لا يرتب أية مسؤولية جزائية على ساحبها بينما يتعرض الساحب الذي يصدر شيكا دون مقابل الوفاء إلى عقوبة جزائية .

الملتزم بتقديمه :

نصت المادة 474 فقرة 2 ق.ت.ج(على الساحب أو من صدر الشيك لحسابه أن يتولى وضع مقابل الوفاء ومع ذلك يظل الساحب لحساب غيره ملزما شخصيا للمظهرين والحامل دون غيرهم)

يتضح أن الساحب هو الملتزم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه قبل إنشاء الشيك أما إذا كان الساحب يسحب الشيك لحساب غيره فعلى الساحب الحقيقي دون الساحب الظاهر توفير مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه.

شروط مقابل الوفاء :

ذكرت المادة 474 فقرة 1 ق.ت (أنه لا يجوز سحب شيك إلا على مصرف أو مقاولة أو مؤسسة مالية أو على مصلحة الصكوك البريدية أو مصلحة الودائع والأمانات أو الخزينة العامة أو القباضة المالية . كما لا يجوز سحب الشيك إلا على مؤسسات القرض البلدي أو صناديق القرض الفلاحي التي يكون لديها وقت إنشاء السند رصيد من النقود تحت تصرف الساحب

وبموجب اتفاق صريح أو ضمني يحق بمقتضاه للساحب أن يتصرف في هذه النقــود بطريقــة إصدار شيك.)

وبناء على النص نستنتج شرط مقابل الوفاء

1--المقابل حق شخصي مبلغ نقدي حيث أن الشيك يؤدي وظيفته كأداة وفاة تقوم مقام النقود وينشأ دين مقابل الوفاء من مصادر متعددة فقد يكون هذا المقابل نقودا أودعها الساحب عند المسحوب عليه أو قرضا منحه الساحب للمسحوب عليه. وقد يمثل مقابل الوفاء قيمة اعتمــاد المسحوب عليه لصالح الساحب وأجاز له سحب شيكات عليه لقبضه.

2--وجود المقابل وقت إصدار الشيك

3--قابلية المقابل للتصرف به بموجب شيك يتعين أن يكون مقابل الوفاء قابلا للتصرف أي أن يكون دين الساحب نحو المسحوب عليه محقق الوجود ومستحق الوفاء ومعين المقدار .

4--مساواة المقابل لمبلغ الشيك على الأقل أما إذا كان المقابل أقل من مبلغ الشيك فيعتبر المقابل غير موجود ويتعرض الساحب لعقوبة جزائية ولا يخل هذا الحكم حق الحامل باستيفاء مبلـغ الناقص الموجود لدى المصرف المسحوب عليه .

إثبات وجود مقابل الوفاء

نصت المادة 474فقرة 3 (يكون الساحب وحده ملزما عند الإنكار بإثبــات أن مــن سحب عليه الشيك كان لديه مقابل وفائه في وقت إنشائه، وإلا كان ضامنا وفاءه ولــو قــدم الاحتجاج بعد مضي الآجال المحددة) .

إذن امتنع المسحوب عليه عن دفع قيمة الشيك واضطر الساحب إلى الوفاء، فإن على الساحب عبء إثبات وجود المقابل لدى المسحوب عليه وإن كان الشيك مصدقا فإن هذا التصديق قرينة لمصلحة الساحب على وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه. المادة 483 ق.ت.ج

حق الحامل على مقابل الوفاء:

نصت المادة 489 ق.ت.ج (إن التظهير ينقل جميع الحقوق الناتجة عن الشيك خـصوصا ملكية مقابل الوفاء) ويترتب على انتقال الحق في مقابل الوفاء من الساحب إلى حملة الــشيك المتعاقبين عدة آثار قانونية أهمها: - انتقال ضمانات مقابل الوفاء

- عدم جواز استرداد مقابل الوفاء أو التصرف فيه

- عدم تأثير حق الحامل على مقابل الوفاء بموت الساحب أو بحدوث ما يخل بأهليته المادة 504 ق.ت.ج أو إفلاسه أو أنه يجوز لوكيل التفليسة الساحب ممثلا لجماعة الدائنين أن يطلب المستفيد برد قيمة الشيك (المادة 250 فقرة 2 ق.ت.ج)

المبحث الثاني
الجزاء في حالة عدم الوفاء

لا تتم المتابعة الجزائية في الشيك بدون رصيد، إلا في حالة عدم القيام لتسوية عارض الدفع في الآجال المحددة في القانون التجاري المعدل بتاريخ 6 فيفري 2005 في الفصل الثامن مكرر تحت عنوان عوارض الدفع والمنصوص عليها في المواد 526 مكرر إلى 526 مكرر 16 بحيث لا تكون جريمة إصدار شيك بدون رصيد قبل اتخاذ سلسلة من الإجراءات الوقائية .

عوارض الدفع :

- يجب على المسحوب عليه بمناسبة أول عارض دفع لعدم وجود أو عدم كفاية الرصيد، أن يوجه لساحب الشيك أمر بالدفع لتسوية هذا العارض خلال مهلة أقصاها 10 أيام ابتداء من تاريخ توجيه الأمر (المادة 526 مكرر 2 ق.ت.ج).
- يجب على المسحوب عليه تبليغ مركزية المستحقات غير المدفوعة بكل عارض دفع لعدم وجود أو عدم كفاية الرصيد خلال أيام العمل الأربعة.الموالية لتاريخ تقديم الشيك بأي شكل من الأشكال المنصوص عليها في المادة 502 من هذا القانون. (المادة 526 مكرر 1 ق.ت.ج)
- في حالة عدم التزام الساحب خلال الآجال القانونية بالتسوية أو في حالة تكرار المخالفة خلال 12 شهرا الموالية لعارض الدفع الأول حتى ولو تم تسويته يمنع المسحوب عليه الساحب من إصدار الشيكات (المادة 526 مكرر 3).
- يسترجع كل شخص منع من إصدار الشيكات حقه في ذلك عندما يثبت أنه قام بتسوية الشيك غير المدفوع، أو تكوين رصيد كاف ومتوفر موجه لتسويته بعناية المسحوب عليه وذلك خلال 20 يوم ابتداء من تاريخ الأمر بالدفع.
- في حالة عدم القيام بالتسوية خلال الآجال لا يسترجع الممنوع حق إصدار الشيكات إلا بمرور أجل خمس سنوات ابتداء من تاريخ أمر بالدفع.

- يطبق منع إصدار الشيكات على كل الحسابات الجارية وحسابات الشيكات التي يحتفظ بها الزبون المعني. ويطبق أيضا على وكلائه فيما يتعلق بذات الحسابات.
- في حالة توقف الساحب عن الدفع، ولم يقم بإجراءات التسوية في الأجل القانوني، يسجل اسمه ضمن قائمة الممنوعين من إصدار الشيكات. ويقوم بنك الجزائر بانتظام بتبليغ البنوك والهيئات المالية قانونا، بقائمة الممنوعين من إصدار الشيكات. كما يمتنع البنك من تسليمه دفتر شيكات، ويطلب منه إرجاع نماذج الشيكات غير المستعملة .
- رتب المشرع الجزائري على ساحب الشيك الذي يقتصر على مقابل الوفاء غرامة مالية قدرها 10%من مبلغ الشيك شريطة ألا تقل عن مائة دينار مادة 537 فقرة 4 ق.ت. ج ولو كان حسن النية. أما إذا أصدر الساحب عن سوء نية شيكا ليس له مقابل وفاء سابق ولم يحترم آجال التسوية، فإنه سيكون عرضة لعقوبة جزائية .
- في حالة تعاطف المسحوب عليه مع الساحب، تسليمه دفتر شيكات رغم أنه كان ممنوعا من إصدار شيكات وكان اسمه وارد في القائمة مركزية المستحقات غير المدفوعة لبنك الجزائر، يتحمل المسحوب المسؤولية التضامنية مع الحامل بدفع التعويضات المدنية.

الجزاء الجنائي :

إن توقف المؤسسات المالية عن صرف قيمة الشيكات، المسحوب عليها لعدم وجود مقابل الوفاء لها قد يؤدي إلى اضطرابات ويفقد الثقة لدى المتعاملين. وانطلاقا من هذه الأسباب فرض المشرع الجزائري تجريم التعامل بالشيكات التي لا يقابلها رصيد .

- جريمة إصدار شيك دون مقابل وفاء : نصت المادة 374 ق.ع.ج.(يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مبلغ الشيك أو عن باقي قيمته .

كل من أصدر عن سوء نية شيكا ليس له مقابل وفاء سابق وقابل للتصرف فيه أو كان مقابل الوفاء أقل من مبلغ الشيك أو استرجع بعد استصدار الشيك كامل مقابل الوفاء أو بعضه أو منع المسحوب عليه من الوفاء .)

أركان الجريمة : الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي

الركن المادي : يقوم الركن المادي لجريمة إصدار شيك دون مقابل وفاء على توافر عنصرين:

- إصدار شيك : يقصد بإصدار شيك إنشاؤه وطرحه في التداول بتسليمه إلى المستفيد . أما إذا حرر شخصا شيكا و لم يكن له مقابل وفاء ثم احتفظ به أو قدمه للوفاء بنفسه أو بواسطة وكيله إلى المصرف أين يكون حسابه أو خرج من حيازته رغما عنه كما هو الحال في السرقة ففي هذه الحالات لا ينطبق عليه وصف جريمة إصدار شيك .
- انتفاء مقابل الوفاء: يشترط أن تكون أسباب هذا الانتفاء الأفعال التي تتعلق بإرادة الساحب كي يقوم الركن المادي للجريمة. أما إذا انتفى المقابل بسبب خارج عن إرادة الساحب كما لو كان المسحوب عليه مدينا للساحب بمقابل الوفاء ثم أفلس بعد إصدار الشيك أو سرقت أمواله أو أنه امتنع عن الوفاء بسبب، شك المسحوب عليه في صحة توقيع الساحب، فإن الركن المادي للجريمة لا يتحقق . نجد أن الحالات التي يتحقق فيها انتفاء المقابل
- عدم وجود مقابل وفاء أو عدم كفايته عند تقديم الشيك للمسحوب عليه وتجاوز المدة القانونية للتسوية ويقصد أيضا بعدم وجود مقابل وفاء ليس فقط حالة انعدام وجود مقابل كلية بل الحالة التي يوجد فيها أيضا لكنه غير قابل للسحب كأن يكون هذا المقابل محجوزا عليه أو كان الساحب تاجرا وشهر إفلاسه.
- استرداد مقابل الوفاء أو بعضه: لا يكفي أن يكون للساحب لدى المسحوب عليه وقت سحب الشيك مقابل وفاء كاف، بل يجب أن يظل هذا المقابل قائما إلى أن يتم الوفاء للحامل بعد إصدار الشيك أن يعمد إلى استرداد مقابل وفائه كله أو بعضه سواء كان ذلك قبل انقضاء مهلة التقديم أو بعدها .
- إصدار أمر من الساحب إلى المسحوب عليه عن دفع مبلغ الشيك نتيجة معارضة الساحب فإنه يترتب على ذلك انتفاء المقابل وتحقق الجريمة . أما إذا اعترض الساحب عن الوفاء عملا بأحكام المادة 503 ق.ت.ج أي معارضة في حالة ضياع أو سرقة ففي هذه الحالة تنتفي الجريمة .

الركن المعنوي : تعتبر جريمة إصدار شيك بدون مقابل وفاء من الجرائم العمدية لهذا اشترط لتحقيق هذه الجريمة توافر قصد الجرمي لدى فاعلها وهو سوء نية (المادة 374ق.ع.ج) لقد أثير خلاف حول ما يقصده النص بسوء النية في هذا الشأن فهل يقتضي سوء النية أن تتوفر

لدى الساحب نية الأضرار بحقوق الحامل أم يكفي مجرد علم الساحب وقت إصدار الشيك بعدم وجود مقابل الوفاء أو عدم كفايته أو علمه عند استرداده المقابل بأن الشيك لم يدفع بعد. استقر الفقه والقضاء على تبني المفهوم الثاني سوء نية أنه مجرد علم الجاني (الساحب) في لحظة سحب الشيك وحيث أن الأصل يقوم على افتراض حسن النية. فإن على من يدعي سوء نية الساحب، إثبات ذلك وعلى المحكمة أن تبين في حكم الإدانة توفر جميع أركان هذه الجريمة. العبرة في تحقيق سوء نية الركن المعنوي هو تاريخ وقوع الفعل المجرم تاريخ إصدار الشيك في حالة انتفاء مقابل الوفاء وتاريخ حدوث الاسترداد الساحب لمقابل الوفاء ولا يشترط المشرع تحقق الضرر بالمستفيد أو غيره وإنما الضرر بائتمان العام. وكذلك لا ينفي سوء نية الساحب ولا يقلل من وقوع الجريمة كون المستفيد على بينة وقت إصدار الشيك بعدم وجود مقابل الوفاء له. إذ لم يقصد القانون حماية المستفيد بذاته، وإنما تعزيز الثقة بالشيك وتمكينه من أداء رسالته كأداة وفاء .

الركن الشرعي :

أ- عقوبة الجريمة متى توافرت الجريمة بأركانها القانونية يخضع الفاعل الساحب للعقوبة التي نصت عليها المادة 374 ق.ع.ج وهي الحبس من سنة إلى خمس سنوات، والغرامة لا تقل عن مبلغ الشيك أو النقص في مقابل رفائه. ويمكن للمحكمة إضافة إلى ذلك أن تحكم على الساحب بتجريده من كل أو بعض الحقوق المنصوص عليها في المادة 8 من قانون العقوبات.

أما في حالة التكرار والعود فإن المحكمة تطبق أحكام المادة 541 ق.ت.ج التي تعتبر التكرار والعود عقوبة كما هو الحال في جريمة تزوير الشيك وتطبق العقوبة التي لا تتجاوز عشر سنوات سجنا زيادة على ذلك يتعرض من تثبت إدانته في الجريمة لعقوبة حظر الإقامة (المادة 541 فقرة 2 ق.ت.ج). وفي حالة استئناف الحكم يفصل في القضية خلال شهر واحد (المادة 542 فقرة أخيرة ق.ت.ج)

ب) الادعاء الشخصي : إذا رفض المسحوب عليه وفاء قيمة الشيك، جاز لحامله إقامة الدعوى العامة على الساحب أمام المحكمة الجزائية للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة فعل الساحب بإنشاء شيك بدون رصيد. حيث أن ادعاء الحامل يستند في هذه الحالة إلى الدين السابق على إصدار الشيك أو تظهيره إلا وهو القيمة الواصلة من المستفيد إلى الساحب الأمر.

الذي يخرج عن اختصاص المحكمة الجزائية. ونرى أن يقيم دعويين مستقلين الأولى أمام المحكمة الجزائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة جريمة إصدار شيك بدون رصيد. والثانية أمام المحكمة المدنية للمطالبة بقيمة الشيك لكن المشرع تخفيفا من الأعباء على كاهل حامل الشيك أجاز للحامل أن يطالب من المحكمة الجزائية التي تنظر في الدعوى العامة الحكم له بمبلغ يساوي قيمة الشيك دون الإخلال بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به عند الاقتضاء. كما ترك له الخيار بأن يطالب بدينه لدى المحاكم المدنية بغض النظر عن إقامة الدعوى الجزائية مادة 542 فقرة 2 ق.ت.ج

جريمة الاستلام أو تظهير شيك ليس له مقابل وفاء:

حرصا على توفير الحماية لهذا السند ودعما لثقة المتعاملين به، فإن المشرع لم يلحق وصف الجريمة بعملية إصدار شيك ليس له مقابل وفاء، بل باستلامه وتظهيره فيما بعد أيضا. كما طبق على المستفيد الذي استلم الشيك وعلى كل مظهر قام بتحويله إلى الغير وهو على يقين بعدم وجود مقابل الوفاء نفس العقوبة التي فرضها على الساحب ألا وهي الحبس والغرامة (المادة 374 ق.ع.ج) .

جريمة إعطاء تصريح كاذب عن حقيقة مقابل الوفاء :

نصت المادة 543 ق.ت.ج (يعاقب بالغرامة من 5000 دينار إلى 200000 دينار كل مسحوب عليه تعمد تعيين مقابل وفاء أقل من مقابل الوفاء المتوفر لديه) .

قد يرغب الحامل من الاطمئنان بأن الشيك له مقابل وفاء لدى المسحوب عليه، فيقدمه إليه للتأشير عليه بما يفيد وجود المقابل، أو أنه يقدمه إليه لاستيفاء قيمته فورا، فيصرح الأخير بعدم كفاية مقابل الوفاء . حيث أن مثل هذا التصريح يضر بسمعة الساحب ويعرضه لملاحقة جزائيا لإصداره شيكا ليس له مقابل وفاء وكاف. ولهذا أقر المشرع غرامة مالية على المسحوب عليه.

جريمة تزييف أو تزوير الشيك :

نصت المادة 375 ق.ع.ج (يعاقب بالحبس من سنة إلى عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن مبلغ الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد كل من زيف أو زور شيكا كل من قبل تسلم شيك مزور علما بذلك)

الفصل الرابع
وفاء الشيك

المبحث الأول

تقديم الشيك للوفاء

أولا : ميعاد التقديم

نصت المادة 500 ق.ت.ج على أن (الشيك واجب الوفاء لدى الاطلاع عليه، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن إذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ الإصدار يكون واجب الوفاء في يوم تقديمه) وعلى الحامل تقديم الشيك للوفاء ضمن فترة قصيرة من تحريره. وقد ذكرت المادة 501 ق.ت.ج مدة التقادم (إذا كان الشيك صادرا في الجزائر وواجب الوفاء فيها وجب تقديمه للوفاء خلال مهلة عشرين يوما .

أما الشيك الصادر خارج الجزائر وقابل للدفع بالجزائر فيجب تقديمه خلال 30 يوما إذا كان الشيك صادرا من أوروبا أو أحد البلدان المطلة على البحر الأبيض المتوسط وخلال 70 يوما إذا كان الصك من أي بلد آخر .) واعتبرت المادة 502 تقديم الشيك إلى أحد غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء ويمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما)

أما المادة 523 ق.ت.ج فقد أشارت إلى أن تقديم الشيك للوفاء وإجراء الاحتجاج لا يمكن أن يتم إلا في يوم عمل وإذا حالت قوة قاهرة لا يمكن التغلب عليها دون تقديم الشيك للوفاء في المواعيد المقررة امتدت هذه المواعيد لحين زوال هذه القوة .وإذا استمرت القوة القاهرة أكثر من خمسة عشر يوما من تاريخ اليوم الذي قام فيه الحامل بإخطار من ظهر له بحدوث القوة القاهرة ولو كان هذا التاريخ قبل انقضاء أجل تقديم الشيك، يجوز استعمال حق الرجوع. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الحوادث الشخصية .

ثانيا : جزاء الإخلال بمواعيد التقديم

نصت المادة 515 ق.ت.ج (يمكن لحامل الشيك الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملزمين إذا قدمه للوفاء في المدة القانونية و لم تدفع قيمته وأثبتت الامتناع عن الوفاء باحتجاج). والمدة القانونية هي 20-30-70 يوما بحسب مكان سحب الشيك. وخارج

هذه المدة يتعرض الشيك للسقوط لكن لا يستفيد الساحب وفقا لأحكام المادة 527 فقرة 4 ق.ت.ج من هذا الحكم إلا إذا كان قد قدم مقابل الوفاء وظل هذا المقابل لدى المسحوب عليه حتى انقضاء ميعاد تقديم الشيك. كما أشارت المادة 503 فقرة 1ق.ت.ج إلى أنه يجوز للمسحوب عليه أن يوفي قيمة الشيك حتى بعد انقضاء الأجل المحدد لتقديمه ويستمر هذا الالتزام حتى انقضاء مدة مرور الزمن وهي 3 سنوات ابتداء من تاريخ انتهاء مهلة التقديم للوفاء. وكما أن المشرع ألزم كل مصرف يرفض وفاء شيك لديه مقابل وفائه و لم يحصل أية معارضة فيه بالتعويض على الساحب عن الضرر الناشئ له عن عدم تنفيذ أو عما لحقه من سمعته (المادة 537 فقرة 8 ق.ت.ج) .

المبحث الثاني
شروط صحة الوفاء

أولا : لمن يدفع الشيك ؟

لكي يكون وفاء الشيك صحيحا ومبرئا لذمة المصرف المسحوب عليه يجب أن يتم بين يدي حامله الشرعي سواء كان صاحب الحق فيه أو نائبه. وإذا كان الشيك للحامل يتم وفاء لمن يقدم به.

وإذا كان الشيك اسميا على المسحوب عليه وفاءه للشخص الوارد اسمه بالشيك أو للشخص الذي انتقل إليه الشيك بطريق حوالة الحق .

أما إذا كان الشيك لأمر أي قابلا للتظهير، فعلى المسحوب عليه الوفاء به إلى حامله الشرعي المادة 491 ق.ت.ج. دون أن يسأل عن التحقق من صحة تواقيع المظهرين (المادة 506 فقرة 2 ق.ت.ج) وفي جميع الأحوال يجب على المسحوب عليه أن يتحقق قبل صرف قيمة الشيك لصاحبه من صحة الشيك بنفسه ومن صحة توقيع الساحب كما يجب على المصرف أن يتأكد من أنه لم يتلق معارضة صحيحة بعدم وفاء الشيك المعروض ويتأكد من شخصية الشخص الحامل الذي يسلمه الشيك (المادة 484 ق.ت.ج) .

ثانيا : محل الوفاء

على المسحوب عليه أن يفي قيمة الشيك بأكملها إذا توافر لديه مقابل الوفاء الكافي. وإذا كان الأصل أن الدائن لا يجبر على استيفاء جزء من دينه، فإن المشرع التجاري تخفيفا من عبء الضمان الذي يتحمله الموقعون من ساحب ومظهرين وغيرهم لهذا لا يجوز لحامل أن يرفض الوفاء الجزئي (المادة 505 ق.ت.ج). وإذا اشترط وفاء الشيك بعملة غير متداولة بالجزائر، فإن مع احتفاظ بأحكام التنظيم الخاص الصرفي يجب وفاء مبلغه في ميعاد تقديم الشيك بالدينار الجزائري حسب سعر الصرف. فإذا لم يتم الوفاء في يوم التقديم كان لحامل حق الخيار بين المطالبة بمبلغ الشيك يوم التقديم أم يوم الوفاء (المادة 507 فقرة 1 ق.ت.ج) وذلك إذا تعين مبلغ الشيك بعملة تحمل اسما مشتركا مثل الدينار ....فيفترض أن المقصود هو العملة الخاصة ببلد الوفاء (المادة 507 فقرة الأخيرة ق.ت.ج).

ثالثا : إثبات الوفاء

تقضي المادة 505 ق.ت.ج بأنه يحق للمسحوب عليه أن يطلب من الحامل عند وفائه قيمة الشيك أن يسلمه إليه مع التأشير عليه بالمخالصة . وقد جرت العادة لدى المصارف أن يطلب من حامل الشيك المعروض للوفاء وضع توقيعه على ظهر الشيك. أما إذا سلم الحامل الشيك إلى مصرف دون أي تأشير عليه بالمخالصة كان ذلك قرينة على الوفاء لكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس من جانب الحامل .

رابعا : مسؤولية المسحوب عليه عن الوفاء يلتزم المسحوب عليه عند الوفاء بما يلي :

- أن يتأكد من أهلية الحامل لأن الوفاء للأخير يترتب براءة ذمة المسحوب عليه
- أن يتحقق من وصل الشيك إلى الحامل نتيجة تظهيرات متسلسلة .
- أن يتأكد من وجود مقابل الوفاء كاف لتغطية قيمة الشيك
- أن لا يفي الشيك إذا كان قد تلقى اعتراضا صحيحا .
- أن يثبت من يشتمل الشيك على جميع البيانات اللازمة .

يسأل البعض عن مسؤولية المسحوب عليه بصدد وفائه لشيكات مزورة يترتب على الوفاء كما إفقار ذمة ساحبها بمقدار قيمتها. إلا أنه جرت العادة أن يحفظ المصرف بتوقيع الزبون الذي فتح

الحساب المصرفي لديه وسيلة للمطابقة مع التواقيع التي تحملها الشيكات. واستقر القضاء على أن وفاء المصرف بقيمة شيك مزور يعتبر وفاء غير صحيح لحصوله لمن لا صفة له في تلقيه.

خامسا : المعارضة في الوفاء

نصت المادة 503 ق.ت.ج (لا تقبل معارضة الساحب على الشيك إلا في حالة ضياعه أو تفليس حامله. فإذا رفع الساحب بالرغم من هذا الحظر معارضة لأسباب أخرى، وجب على قاضي الأمور المستعجلة حتى ولو في حالة رفع دعوى أصلية أن يأمر بإلغاء هذه المعارضة بناء على طلب الحامل .) وكذلك يجوز الحامل أن يعارض في حالة ضياع الشيك .

قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 61344 بتاريخ 1990/7/15

الموضوع : الشيك ـ المعارضة على سحبه ـ وجود رصيد كاف لا يجوز .(المادة 503ق.ت)

من المقرر قانونا أنه لا تقبل معارضة الساحب على وفاء الشيك إلا في حالة ضياعه أو إفلاس حامله ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون .

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الأمر لا يتعلق بضياع شيك أو إفلاس الحامل إنما بسند الدفع وبآثار بنكية مرتبطة به ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتجميد مقابل الوفاء يكونوا قد خرقوا القانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

سادسا : الوفاء في حالة ضياع الشيك

إذا ضاع الشيك جاز لصاحبه وحامله المعارضة لدى المسحوب عليه بعد وفائه. والسؤال كيف يتم وفاء الشيك في مثل هذه الحالة؟

الحالة الأولى : الشيك محرر على عدة نسخ

في هذه الحالة للحامل أن يطلب قيمته بموجب النسخة الثانية المادة 508 فقرة 1 ق.ت.ج

الحالة الثانية : شيك محرر من نسخة واحدة

الطريقة الأولى : يستصدر أمر من القاضي بوفاء قيمة الشيك بعد أن يثبت ملكيته له بدفاتره ، وأن يقدم كفيلا. (المادة 508 ق.ت.ج) ينقضي التزامه بمضي ستة أشهر إذا لم يرفع خلال هذه المدة طلب أو دعوى .

الطريقة الثانية : أن يحصل على نسخة ثانية من الشيك للمطالبة بموجبها بالوفاء. يتصل مالك الشيك الضائع بمن ظهر إليه الشيك ويتعين على هذا الأخير مساعدة للوصول إلى الساحب فيطلب منه تحرير نسخة ثانية ويتحمل مالك الشيك الضائع المصاريف (المادة 510 ق.ت.ج) كما أنه ينقضي التزام الكفيل المنصوص عليه في المادة 511 ق.ت بمضي ستة أشهر إذا لم يرفع في خلال هذه المدة طلب أو دعوى.

المبحث الثالث
الامتناع عن الوفاء

أولا : الاحتجاج لعدم الوفاء

قضت (المادة 516 ق.ت.ج) بأنه يجب تقديم الاحتجاج قبل انقضاء مدة تقديم الشيك وهي 20-30-70 يوما. لكن إذا حالت قوة قاهرة كنشوب حرب – زلزال – أو فيضان دون تقديم الاحتجاج في الوعد المحدد، فإن هذا الموعد يمتد حتى زوال القوة القاهرة حيث يتوجب على الحامل بعدها أن يبادر إلى إقامة الاحتجاج دون بطء المادة 523 ق.ت.ج . كما يتوجب على المذكور أخطار من ظهر له الشيك لكن إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من 15 يوما من تاريخ اليوم الذي قام به الحامل بالإخطار من ظهر له فيجوز استعمال حق الرجوع دون تقديم الاحتجاج [1].

ثانيا : إجراءات تنظيم الاحتجاج

ينظم الاحتجاج لعدم الوفاء على يد كاتب الضبط المادة 529 ق.ت.ج والمعمول به اليوم المحضر القضائي الذي يقوم بهذه المهمة. ويجب أن يتضمن الاحتجاج نصا حرفيا للشيك وما يحوي عليه من تظهيرات، وعلى الإنذار بوفاء قيمة الشيك، ومقدار ما دفع من مبلغ الشيك في حالة الوفاء الجزئي (المادة 530 ق.ت.ج)

---

[1] - تنص المادة 464 ق. إ.م (تعد من أيام العطلة الرسمية في مجال تطبيق هذا القانون أيام الراحة الأسبوعية والأعياد الرسمية.)
تنص المادة 465 ق. إ.م (لا يجوز طلب وفاء سند تجاري من أي نوع كان أو حوالة أو شيك أو حساب جاري أو إيداع مبلغ أو سندات أو غيرها أو إجراء احتجاج بعدم الدفع (بروتستو) في اليوم التالي ليوم العطلة الأسبوعية ، وفي هذه الحالة يكون الاحتجاج (البروتستو) بعدم دفع السندات التجارية غير المدفوعة في يوم السبت غير جائز إلا في يوم الثلاثاء التالي ولكنه مع ذلك يحتفظ بكامل أثره بالنسبة للمسحوب عليه وبالنسبة للغير رغم النصوص السابقة المخالفة.)

ثالثا : الإعفاء من تنظيم الاحتجاج 1-إذا حدثت قوة قاهرة حالت، دون تنظيم الاحتجـاج، واستمرت أكثر من 15 يوما من تاريخ اليوم الذي قام فيه الحامل بإخطار من ظهر له الشيك المادة 523 ق.ت.ج

2-إذا ضمن الساحب أو المظهر الشيك الرجوع بدون احتجاج أو بلا مصاريف المادة 518 ق.ت.ج

رابعا : آثار تنظيم الاحتجاج

1-ينهض الاحتجاج دليلا على تقديم الشيك للوفاء وامتناع المسحوب عليه عن الدفع

2-يعتبر الاحتجاج على توقف المسحوب عليه عن الدفع يمكن للمحكمة أن تشهر إفلاسه إذا كان تاجر والمدين تجاري .

3-يتيح تنظيم الاحتجاج وبعد انقضاء مهلة 20 يوما ابتداء من تاريخ إصدار التبليـغ يمكـن حامل الصك إمكانية الطلب إلى المحكمة عن طريق القيام بأمر صادر في ذيل العريـضة بحجـز وبيع أملاك الساحب ضمن الشروط التي أقرّها التشريع (المادة 536 ق.ت.ج) كمـا يجـوز للحامل اتخاذ إجراءات تحفظية تجاه المظهرين والضامنين له.

الإخطار بعدم الوفاء

نصت المادة 517 ق.ت.ج على أنه (يجب على حامل الـشيك أن يخطـر المظهـر لـه والساحب بالامتناع عن الوفاء خلال العشرة أيام عمل الموالية لتاريخ الاحتجاج أو الأربعة أيام الموالية ليوم التقديم إن اشتمل على شرط الرجوع بلا مصاريف.........) تبين من أحكام المادة أنها لا تختلف بصفة عامة عن الأحكام التي خص المشرع بها لإخطار اللازم توجيهـه بمناسـبة الامتناع عن وفاء السفتجة .

الرجوع لعدم الوفاء

إذا قدم حامل الشيك هذا السند للمسحوب عليه في المدة القانونية للتقديم، وامتنع الأخـير عن الوفاء وأثبت الامتناع، أجاز له الرجوع على المظهرين والساحب وضامنيهم الاحتيـاطيين المادة 515 ق.ت.ج وللحامل حق إقامة دعوى الرجوع على أي من الملتـزمين منفـردين أو مجتمعين وعلى وجه التضامن وبدون أن يلزم مراعاة ترتيب التزاماتهم (المادة 519 ق.ت.ج)

أولا : رجوع الحامل على الملتزمين بالشيك

أشارت المادة 515 ق.ت.ج بكل وضوح الأشخاص الذين يمكن للحامل مطالبتهم بالوفاء إذا ما امتنع المسحوب عليه وهم المظهرون والساحب وغيرهم من الملتزمين أي الضامنون الاحتياطيون..........

موضوع الرجوع : قيمة الشيك غير المدفوعة وبجميع مصاريف الاحتجاج و الإخطارات الصادرة وغير ذلك من نفقات المادة 520 ق.ت.ج

توقيع الحجز : أشارت المادة 536ق.ت.ج بقولها يجوز لحامل الشيك المحرر فيه احتجاج فضلا عن الإجراءات المقررة لممارسة دعوى الضمان، أن يحجز بمقتضى إذن من القاضي على المنقولات المملوكة للساحب والمظهرين. والحجز وسيلة من وسائل الحماية التي أسندها المشرع لحامل السند التجاري .

ثانيا : رجوع الملتزمين بعضهم على بعض

ذكرت المادة 521 ق.ت ويمكن لمن أوفى شيكا أن يطالب ضامنيه بكامل المبلغ الذي أوفاه والمصاريف التي أنفقها، وإن أثر وفاء قيمة الشيك من أحد الملتزمين به يختلف باختلاف مركز كل موقع موفي من هؤلاء الملتزمين .

1-الساحب هو المدين الأصلي بالشيك فوفاؤه بقيمته تبرئة ذمة وتنتهي حياة الشيك. أما إذ كان الساحب قد قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه فمن حق الساحب إذا أوفى قيمة الشيك بالرجوع على المسحوب عليه بما أوفاه ويستند في دعوى رجوعه هذه لأحكام قانون الصرف.

2-متى أوفى المظهر أحد المظهرين قيمة الشيك للحامل أو لمظهر لاحق، كان له أن يرجع بدوره على الأشخاص الذين سبقوه في التوقيع على السند لأنهم يضمنون له وفاؤه.

3-الضامن الاحتياطي : إذا وجهت المطالبة من الحامل إلى أحد الضامنين الاحتياطيين، كان لهذا الضامن أن يرجع على الملتزم المضمون الذي يضمنه وعلى جميع الأشخاص الذين يضمنون مضمونه والرجوع إما بدعوى الصرف أو بدعوى الكفالة .

ونلاحظ أن لكل من أوفى قيمة الشيك أن يطالب من ضامنيه وفاء كامل المبلغ الذي أداه مع المصاريف التي أنفقها كما أن يطالب ممن أوفاه مبلغ الشيك تسليمه الشيك مع صك الاحتجاج وورقة المخالصة.

المبحث الرابع
سقوط حق الرجوع للإهمال أو التقادم

أولا: السقوط بسبب الإهمال

حالات الإهمال : لم يشر المشرع صراحة كما هو الحال بالسفتجة إلا أن المادة 515 ق.ت تشير أنه (يمكن لحامل الشيك الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملزمين إذا قدمه للوفاء في المدة القانونية ولم تدفع قيمته وأثبت الامتناع عن الوفاء باحتجاج) يستفيد من نصها:

أ-إذا لم يتقدم بالشيك للوفاء خلال مهلة التقديم القانونية

2-إذا لم ينظم الاحتجاج لعدم الوفاء قبل انقضاء مهلة التقديم بهذين الواجبين هو سقوط حقه بالرجوع على الضامنين الذين فرضت هذه الواجبات رعاية لمصالحهم .

آثار الإهمال :

إن إهمال الحامل لا يؤدي إلى سقوط الدعوى الصرفية المؤسسة على سحب الشيك أو تظهيره وتختلف آثار هذا الإهمال باختلاف العلاقات القائمة بين أطراف الشيك

1-العلاقة بين الحامل المهمل والمسحوب عليه : المسحوب عليه ملزم بوفاء الشيك المعروض عليه طوال مدة التقادم إذا كان لديه مقابل وفائه ويبقى التزامه قائما خلال هذه الفترة سواء تقديم الشيك خلال مدة التقديم أو بعدها

2-العلاقة بين الحامل المهمل والساحب : يختلف حق الحامل المهمل إزاء الساحب بحسب ما إذا كان الحامل أوصل مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه أم لا. فإذا كان الساحب لم يوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه فيعني ذلك أنه ظل المدين الأصلي بمبلغ الشيك وطالما أنه مدين أصلي بضامن فلا يجوز له التمسك تجاه الحامل المهمل وإلا أثرى على حساب غيره من دون سبب .

أما إذا كان الساحب قد أوصل مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه واستمر هذا المقابل حتى نهاية ميعاد تقديم الشيك ثم زال بسبب لا إرادة له فيه كما لو أفلس المسحوب عليه، فإنه يعتبر ضامنا والمسحوب عليه مدينا أصليا وكضامن في هذه الحالة يحق له أن يدفع مطالبة الحامل المهمل بالسقوط . لكن إذا كان الساحب قد أوجد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه ثم زال هذا المقابل بفعل منسوب إلى الساحب كاسترداده له أو هلك قبل انتهاء ميعاد التقديم يبقى الساحب مدين أصلي .

3-العلاقة بين الحامل المهمل والمظهرين : المظهرون ليسوا المدينون بالشيك كما بقية السندات التجارية بل هم مجرد ضامنين ولهذا أوجب المشرع على الحامل اتخاذ إجراءات المطالبة في وقت قصير فلو أهمل الحامل في القيام بالإجراءات يتمسكوا بسقوط حقه في الرجوع عليهم ومع ذلك يظل للحامل المهمل مقاضاة المظهر الذي تلقى منه الشيك بالدعوى الناشئة عن العلاقة الأصلية .

ثانيا: تسقط الحقوق الصرفية المتعلقة بالشيك بالتقادم وفقا للمهل التي حددها المادة 527 ق.ت

1-تسقط دعوى حامل الشيك بالرجوع على المظهرين أو الساحب أو الملتزمين الآخرين بمضي ستة أشهر على تاريخ انقضاء مهلة التقديم .

2-تسقط دعوى حامل الشيك بالرجوع على المسحوب عليه بمضي ثلاثة أعوام على تاريخ انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الشيك للوفاء .

3-تسقط دعوى الموقع الموفي بالرجوع على ضامنيه من الموقعين السابقين والساحب الذي أوجد مقابل الوفاء بمرور ستة أشهر محسوبة من اليوم الذي سدد فيه قيمة الشيك أو من اليوم رفعت عليه دعوى الرجوع. لكن الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه ثم سحبه كلا أو بعضا وكذلك سائر الملتزمين الذين حصلوا على إثراء غير عادل فإن دعوى الرجوع عليهم لا تخضع لمدة التقادم الصرفي القصير، بل لمدة التقادم العادي لأن الرجوع في هذه الحالات لا يستند إلى الشيك وإنما إلى الأثر بدون سبب.

الفصل الخامس
أنواع خاصة من الشيكات

أولا : الشيك المسطر هو الشيك المحرر وفق شكل الشيك العادي لكنه يتميز بوجود خطين متوازيين ويترتب على هذا التسطير وجوب امتناع المصرف المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة الشيك إلا إلى أحد عملائه أو مصرف معين أو إلى رئيس مكتب الصكوك البريدية إذا كان التسطير عاما المادة 513 ق.ت. إن الحكمة من التسطير هي تفادي خطر تزوير الشيك أو سرقته أو ضياعه ويجوز تسطير الشيك من الساحب ومن الحامل المادة 512 ق.ت.ج وسواء كان الشيك صادرا لأمر للحامل أم كان الشيك اسميا

والتسطير نوعان : تسطير عام وتسطير خاص

التسطير العام : هو الذي يترك فيه فراغ بين الخطين المتوازيين على بياض دون كتابة أي كلمة أو يكتب كلمة مصرف من غير تعيين اسم المصرف. في هذه الحالة يجوز للمصرف المسحوب عليه وفاء قيمة الشيك إلى أحد زبائنه أو إلى أي مصرف يتقدم به إلى رئيس الصكوك البريدية

التسطير الخاص : فهو الذي يذكر فيه اسم مصرف معين بين الخطين المتوازيين وعندئذ يمتنع على المصرف المسحوب عليه وفاء قيمة الشيك إلا إلى هذا المصرف أو إلى مصرف وسيط للمصرف الأخير المادة 513 ق.ت.ج. هذا ويجوز تحويل التسطير العام إلى تسطير خاص بذكر اسم مصرف معين بين خطين . أما التسطير الخاص فلا يتحول إلى عام وقد حظر القانون شطب التسطير العام أو الخاص بقصد تحويله إلى شيك عادي المادة 512 ق.ت.ج وفي حالة التشطيب لا يأخذ به كأن لم يكن .

ثانيا : الشيك المقيد في الحساب تنص المادة 514 ق.ت.ج على أن الشيكات المعدة في للقيد في الحساب والتي تكون مسحوبة في الخارج وواجبة الوفاء في الجزائر تعتبر كشيكات مسطرة)

الشيك المقيد في الحساب، هو عبارة عن شيك عادي مسحوب في بلد أجنبي على مصرف المسحوب عليه في الجزائر يضيف إليه الساحب أو الحامل عبارة تفيد عدم جواز الوفاء بقيمته نقدا بل عن طريق القيود الكتابية كأن يكتب على صدر الشيك عبارة للقيد في الحساب وفي هذه الحالة لا يكون المسحوب عليه تسوية قيمة الشيك إلا بطريق قيود كتابية كالقيد في الحساب أو النقل المصرفي في حساب الساحب إلى حساب الحامل.

ونلاحظ أنه يفترض أن يكون للساحب الذي سحب الشيك في البلد الأجنبي حسابا لدى أحد المصارف الجزائرية.

ثالثا : شيك المسافر

لم يتعرض له المشرع، يستخدم السياح عادة شيك المسافرين مبدلا من النقود خوفا من تعرضهم للسرقة والضياع. فالسائح الذي يود السفر إلى بلد أجنبي يذهب إلى المصرف الذي يصدر مثل هذه الشيكات ويسلمه مبلغا معينا من النقود وهذا المصرف يزوده بشيكات مسحوبة لصالحه على الفروع التابعة له أو على مراسليه من المصارف في الخارج لكن المصرف الساحب يطلب من الشخص قبل استلامه للشيك أن يوقع على صدره أمام أحد موظفيه فعندما يصل السائح إلى البلد الآخر ويتقدم إلى المصرف المسحوب عليه لصرف قيمة الشيك يوقع من جديد أمام أحد موظفيه الذي يجري مقارنة التوقيع الأخير

المـــــراجع

د/ أحمد محرز : 1) القانون التجاري الجزائري -الجزء الثالث السندات التجارية -دار النهضة العربية بيروت 1980.

2) الشركات التجارية - دار النهضة العربية - 1980

د/ أبوزيد رضوان: الشركات التجارية - دار الفكر العربي القاهرة - 1987.

د/أكثم أمين الخولي : 1) قانون التجارة اللبناني المقارن -دار النهضة العربية بيروت 1960.

2) الموجز في القانون التجاري الجزء الأول - مكتبة سيد عبد الله وهبة القاهرة - 1997

د/جاك يوسف الحكيم: الشركات التجارية - الجمعية التعاونية للطباعة دمشق 1999-2000

د/حلو أبو الحلو: شرح القانون التجاري الجزائري -جامعة الجزائر 1986

د/حسن عبد الله الأمين : المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة -المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب -جدة 1988.

د/ حسني المصري: مدى حرية الانضمام للشركة والانسحاب- دار الفكر العربي القاهرة 1985

د/ رزق الله أنطاكي : الوسيط في الحقوق التجارية البرية -مديرية الكتب بجامعة دمشق 1983.

د/رزق الله أنطاكي ود/ نهاد السباعي :1) الوسيط في الحقوق التجارية البرية -الجزء الأول مطبعة الداودي دمشق 1986

2) الحقوق التجارية البرية الشركات التجارية - مطبعة خالد بن الوليد 1991

د/ زهير عباس كريم : مبادئ القانون التجاري -مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان 1995

د/سميحة القليوبي : 1) الموجز في القانون التجاري -مكتبة القاهرة الحديثة 1972

2) القانون التجاري الكويتي -المطبعة المصرية الكويت 1974

د/ عباس حلمي المنزلاوي: القانون التجاري -الشركات التجارية - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر -1994.

د/ عبد الحميد الشواربي: موسوعة الشركات التجارية الطبعة الثانية- منشأة المعارف الإسكندرية-1991.

د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الخامس - دار النهضة القاهرة 1981.

د/ عبيد مرعي : التاجر ونشاطاته في العصر البابلي القديم -مجلة دراسات تاريخية -مجلة علمية تصدر عن جامعة دمشق عدد24- 1986

د/ علي بن غانم : الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال -طبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية الجزائر 2002

د/علي البارودي : 1) العقود وعمليات البنوك التجارية -منشأة المعارف الإسكندرية 1984

2) القانون التجاري -منشأة المعارف الإسكندرية 1996

د/علي حسن يونس : 1) القانون التجاري -المكتب العربي الحديث الإسكندرية القاهرة 1979

2) الشركات التجارية- دار الفكر العربي 1974.

د/عزيز العكيلي:القانون التجاري -مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1996.

د/ فرحة زراوي صالح : الكامل في القانون التجاري الجزائري -الأعمال التجارية -التاجر -الحرفي -ديوان المطبوعات الجامعية 1995

د/ محسن شفيق :1) القانون التجاري المصري -دار المعارف الإسكندرية 1984

2) الوسيط في القانون التجاري المصري- القاهرة 1957

د/ مصطفى كمال طه :1) القانون التجاري اللبناني -دار النهضة العربية للطباعة والنشرة القاهرة 1969.

2) الشركات التجارية الأحكام العامة في الشركات الأشخاص -شركات الأموال -دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية -1997.

د/محمد حسن الجبر : القانون التجاري السعودي -جامعة ملك سعود رياض 1982

د/ محمد فريد العريني: الشركات التجارية - دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية - 2002.

د/ محمد هلال : مذكرات في القانون التجاري -معهد العلوم القانونية والإدارية جامعة الجزائر -ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1978.

د/محمد مختار البديري : قانون المعاملات التجارية السعودي -معهد الإدارة العامة الرياض 1982

2) قانون المعاملات التجارية السعودي- معهد الإدارة العامة الرياض 1973.

د/نادية فضيل : 1) القانون التجاري الجزائري -ديوان المطبوعات الجامعية 1994.

2) شركات الأموال في القانون الجزائري -ديوان المطبوعات الجامعية -2003.

3) أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري- دار هومة- 1997.

د/ هشام قاسم: المدخل إلى علم القانون -مديرية الكتب الجامعية جامعة دمشق 1986.

د/يوسف محمد مصاروة : الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية -مكتبة دار الثقافة نشر والتوزيع عمان 1996.

الفهرس

الباب الثاني : الشركات التجارية